

**Die Regelung der Stellvertretung im
kantonalen Recht vor Erlass des aOR und im aOR**

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

FRIDOLIN JOST STÖRI - SCHÜTZ

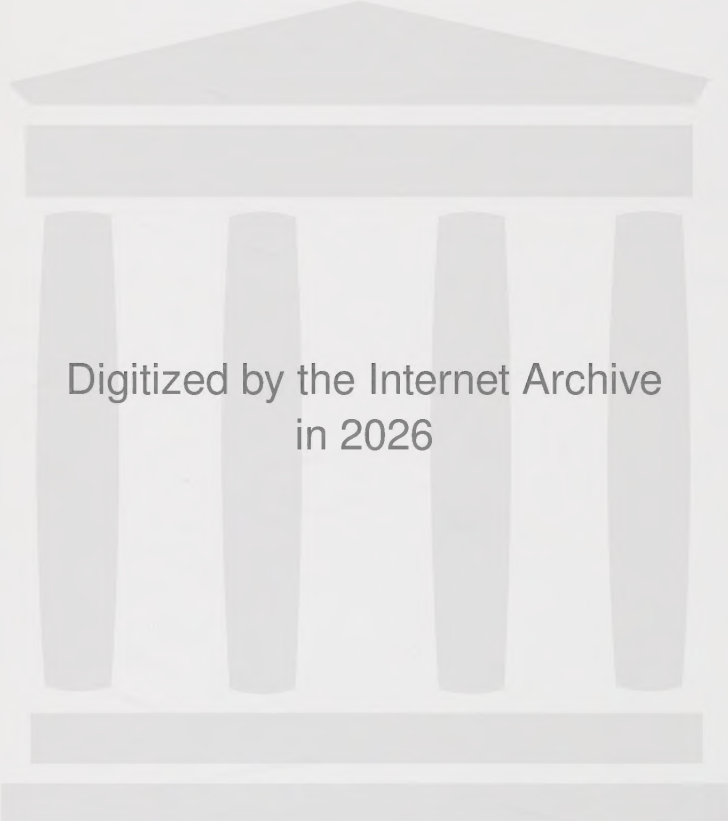
von Hätzingen (GL)

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Hans Peter

1978

SCHULTHESS POLYGRAPHISCHER VERLAG AG
ZÜRICH

1979
—



Digitized by the Internet Archive
in 2026

**Die Regelung der Stellvertretung im
kantonalen Recht vor Erlass des aOR und im aOR**

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

FRIDOLIN JOST STÖRI - SCHÜTZ
von Hätzingen (GL)

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Hans Peter

1978

SCHULTHESS POLYGRAPHISCHER VERLAG AG
ZÜRICH

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 21. Juni 1978

Der Dekan:

Prof. Dr. J. Rehberg



Druck: Juris Druck + Verlag Zürich

© Copyright 1978 by Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich

ISBN 3 7255 1928 5

Für Suzanne

VORWORT

Ich möchte es nicht versäumen, an dieser Stelle Herrn Prof. Dr. H. Peter, der mir die Anregung zu diesem Thema gab und meine Arbeit mit Ratschlägen und Literaturhinweisen förderte, herzlich zu danken. Ebenso zu Dank verpflichtet bin ich den Bibliotheken, die mir die benötigte Literatur bereitwillig zur Verfügung stellten und sogar ausser Landes beschafften, allen voran die Zentralbibliothek Zürich und die Bürgerbibliothek der Stadt Bern.

Winterthur, 2. September 1978

Der Verfasser

INHALTSVERZEICHNIS

Inhaltsverzeichnis	V
Einleitung	
1. Kapitel	
Die Regelung der Stellvertretung im europäischen Recht bis zum Erlass des BGB	1
1. Abschnitt	
Die Stellvertretung im römischen Recht	1
I. Einleitung	1
II. Die Ersatzformen der Stellvertretung in der vorklassischen und klassischen Zeit	2
A. Handeln durch abhängige Organe	2
B. Handeln durch indirekte Stellvertretung	6
C. Handeln durch Treuhänder	6
III. Die nachklassischen Entwicklungen	8
A. Die Entwicklung im weströmischen Vulgarrecht	8
B. Die Ausgestaltung der Stellvertretung im Corpus iuris civilis	10
C. Die Prozessvertretung in der nachklassischen Zeit	11
2. Abschnitt	
Die Entwicklung bis zum Beginn des Humanismus	13
I. Glossatoren und Kommentatoren	13
II. Zur Behandlung der Stellvertretung im kanonischen Recht	15
III. Zusammenfassung	16
3. Abschnitt	
Humanismus, Usus Modernus und Naturrecht	17
I. Die Entwicklung im Humanismus	17
II. Die Entwicklung im Usus Modernus Pandectarum	18
III. Die Entwicklung der Stellvertretung im Naturrecht	19

4. Abschnitt

Die Behandlung der Stellvertretung in den Naturrechtskodifikationen

21

I. Der Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis

21

II. Das allgemeine Landrecht für die preussischen Staaten

24

III. Der Code civil

28

IV. Das ABGB

30

5. Abschnitt

Die Stellvertretungstheorien im 19. Jahrhundert

33

I. Die Zessionstheorie

33

II. Die Geschäftsherrentheorie Savignys

35

III. Die Repräsentationstheorien

37

A. Die Fiktionstheorie

37

B. Die Separationstheorie

38

IV. Zur Bedeutung der einzelnen Theorien

39

6. Abschnitt

Die Behandlung der Stellvertretung im sächsischen Gesetzbuch,
im HBG und im BGB

41

I. Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen

41

II. Das HGB

42

III. Das BGB

43

7. Abschnitt

Zusammenfassung

46

2. Kapitel

Die Regelung der Stellvertretung in den Gesetzen der Berner
Gruppe

49

1. Abschnitt

Die Regelung der Vertretung im Kanton Bern	49
I. Gesetzgebungsgeschichte	49
II. Die Regelung der Vertretung vor Erlass der Schnell'schen Gesetzbücher	51
A. Die Vertretung im Prozess	51
B. Die gesetzliche Vertretung	55
C. Die gewillkürte Vertretung	56
III. Die Regelung der Vertretung in den Schnell'schen Gesetzbüchern	58
A. Die Vertretung im Prozess	58
B. Die gesetzliche Vertretung	59
C. Die gewillkürte Vertretung	61

2. Abschnitt

Die Regelung der Vertretung im Kanton Luzern	72
I. Gesetzgebungsgeschichte	72
II. Die Regelung der Vertretung bis zur Restauration	73
A. Die Vertretung im Prozess	73
B. Die gesetzliche Vertretung	75
C. Die gewillkürte Vertretung	76
III. Die Regelung der Vertretung in den von Pfyffer redigierten Gesetzbüchern	77
A. Die Vertretung im Prozess	77
B. Die gesetzliche Vertretung	78
C. Die gewillkürte Vertretung	80

3. Abschnitt

Die Regelung der Vertretung im Kanton Solothurn	85
I. Gesetzgebungsgeschichte	85
II. Die Regelung der Vertretung vor Erlass der Kodifikationen des 19. Jahrhunderts	86
A. Die Prozessvertretung	86
B. Die gesetzliche Vertretung	88
C. Die gewillkürte Vertretung	89
III. Die Regelung der Vertretung in den Gesetzen des 19. Jahrhunderts	90

A. Die Vertretung im Prozess	90
B. Die gesetzliche Vertretung	91
C. Die gewillkürte Vertretung	93
4. Abschnitt	
Die Regelung der Vertretung im Kanton Aargau	101
I. Gesetzgebungsgeschichte	101
II. Die Regelung der Vertretung im 19. Jahrhundert unter Berücksichtigung des älteren Rechts	102
A. Die Vertretung im Prozess	
B. Die gesetzliche Vertretung	104
C. Die gewillkürte Vertretung	106
5. Abschnitt	
Zusammenfassung	111
3. Kapitel	
Die Regelung der Stellvertretung in den Gesetzen der Code civil-Gruppe	113
1. Abschnitt	
Die Regelung der Stellvertretung in Genf	113
I. Gesetzgebungsgeschichte	113
II. Die Regelung der Vertretung im altgenferischen Recht	117
A. Die Prozessvertretung	117
B. Die gesetzliche Vertretung	119
C. Die gewillkürte Vertretung	124
III. Die Regelung der Vertretung in den Gesetzeswerken des 19. Jahrhunderts	124
A. Die Prozessvertretung	124
B. Die gesetzliche Vertretung	126
C. Die gewillkürte Vertretung	128
2. Abschnitt	
Die Regelung der Stellvertretung im waadtländischen Recht	129

I.	Gesetzgebungsgeschichte	129
II.	Die Regelung der Vertretung vor der Trennung von Bern	131
	A. Die Prozessvertretung	131
	B. Die gesetzliche Vertretung	135
	C. Die gewillkürte Vertretung	135
III.	Die Regelung der Vertretung im Kanton Waadt	137
	A. Die Prozessvertretung	137
	B. Die gesetzliche Vertretung	138
	C. Die gewillkürte Vertretung	139

3. Abschnitt

Die Regelung der Stellvertretung im Tessiner Recht	141
--	-----

I.	Gesetzgebungsgeschichte	141
II.	Die Regelung der Vertretung vor Erlass des Codice Civile della Repubblica e Cantone del Ticino	142
	A. Die Prozessvertretung	142
	B. Die gesetzliche Vertretung	144
	C. Die gewillkürte Vertretung	147
III.	Die Regelung der Vertretung in den Tessiner Gesetzen des 19. Jahrhunderts	149
	A. Die Prozessvertretung	149
	B. Die gesetzliche Vertretung	151
	C. Die gewillkürte Vertretung	153

4. Abschnitt

Die Regelung der Stellvertretung im freiburgischen Recht	156
--	-----

I.	Gesetzgebungsgeschichte	156
II.	Die Regelung der Vertretung in der Municipale von 1648	157
	A. Die Prozessvertretung	157
	B. Die gesetzliche Vertretung	157
	C. Die gewillkürte Vertretung	159
III.	Die Regelung der Vertretung in den freiburgischen Gesetzen des 19. Jahrhunderts	160
	A. Die Prozessvertretung	160
	B. Die gesetzliche Vertretung	161
	C. Die gewillkürte Vertretung	164

5. Abschnitt	
Die Regelung der Stellvertretung im Wallis	173
I. Gesetzgebungsgeschichte	173
II. Die Regelung der Vertretung vor Erlass der Kodifikationen im 19. Jahrhundert	175
A. Die Prozessvertretung	175
B. Die gesetzliche Vertretung	178
C. Die gewillkürte Vertretung	181
III. Die Regelung der Vertretung im 19. Jahrhundert	182
A. Die Prozessvertretung	182
B. Die gesetzliche Vertretung	184
C. Die gewillkürte Vertretung	187
6. Abschnitt	
Die Regelung der Stellvertretung im neuenburgischen Recht	189
I. Gesetzgebungsgeschichte	189
II. Die Regelung der Vertretung im altenenburgischen Recht	192
A. Die Prozessvertretung	192
B. Die gesetzliche Vertretung	194
C. Die gewillkürte Vertretung	197
III. Die Regelung der Vertretung in den neuenburgischen Gesetzen des 19. Jahrhunderts	199
A. Die Prozessvertretung	199
B. Die gesetzliche Vertretung	201
C. Die gewillkürte Vertretung	204
7. Abschnitt	
Zusammenfassung	206
4. Kapitel	
Die Regelung der Stellvertretung in den Gesetzen der Zürcher Gruppe	207
1. Abschnitt	
Die Regelung der Stellvertretung im zürcherischen Recht	207

I.	Kodifikationsgeschichte	207
II.	Die Regelung der Vertretung vor der Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts	210
	A. Die Prozessvertretung	210
	B. Die gesetzliche Vertretung	
	C. Die gewillkürte Stellvertretung	215
III.	Die Regelung der Stellvertretung in der zürcherischen Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts	216
	A. Die Prozessvertretung	216
	B. Die gesetzliche Vertretung	217
	C. Die gewillkürte Stellvertretung	221

2. Abschnitt

Die Regelung der Stellvertretung in Schaffhausen	226
--	-----

I.	Kodifikationsgeschichte	226
II.	Die Regelung der Stellvertretung vor 1798	227
	A. Die Prozessvertretung	227
	B. Die gesetzliche Vertretung	229
	C. Die gewillkürte Stellvertretung	229
III.	Die Regelung der Vertretung nach 1798	230
	A. Die Prozessvertretung	230
	B. Die gesetzliche Vertretung	232
	C. Die gewillkürte Stellvertretung	234

3. Abschnitt

Die Regelung der Stellvertretung in Graubünden	235
--	-----

I.	Kodifikationsgeschichte	235
II.	Die Regelung der Vertretung im bündnerischen Recht vor der Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts	238
	A. Die Prozessvertretung	238
	B. Die gesetzliche Vertretung	
	C. Die gewillkürte Stellvertretung	242
III.	Die Regelung der Stellvertretung in den Gesetzbüchern des 19. Jahrhunderts	242
	A. Die Prozessvertretung	242
	B. Die gesetzliche Vertretung	243
	C. Die gewillkürte Stellvertretung	246

4. Abschnitt	
Zusammenfassung	251
5. Kapitel	
Die Regelung der Stellvertretung im aOR	252
I. Zur Entstehung des aOR	252
II. Der Entwurf Munzingers im Vergleich zu seinen beiden bedeutendsten Vorlagen	254
III. Der Entwurf Fick und der Kommissionsentwurf 1876	262
IV. Die letzte Phase der Gesetzgebung und die endgültige Regelung im aOR	264
V. Würdigung der Regelung des aOR	269
Anhang: Kantone ohne kodifiziertes OR	270
Zusammenfassung	272
Literaturverzeichnis	272
Quellenverzeichnis	285

ZUM GELEIT

Die vorliegende Arbeit hat sich zum Ziele gesetzt, die Entwicklung des Stellvertretungsrechts im Raum der heutigen Schweiz aufzuzeigen. Seit der Arbeit von Ulrich Müller über die Entwicklung der Stellvertretung liegt uns eine hervorragende dogmengeschichtliche Arbeit aus dem deutschen Raum vor.

Eine Arbeit in dieser Art für den schweizerischen Raum schien uns zum vornherein ausgeschlossen, da wir von einer eigentlichen schweizerischen Rechtswissenschaft erst seit dem Wirken von Schnell in Bern und dann vor allem seit der Tätigkeit der beiden hervorragenden Pandektisten Keller und Bluntschli in Zürich sprechen können.

In einem ersten Kapitel haben wir die Entwicklung der Zulässigkeit der unmittelbaren Drittberechtigung und -verpflichtung bis zum Erlass des BGB verfolgt. Die drei nächsten Kapitel sind der Untersuchung der Stellvertretungsmöglichkeiten in denjenigen Kantonen gewidmet, die im Verlaufe des 19. Jahrhunderts ihr Privatrecht kodifiziert haben. Kantone, die während dieser Zeit kein neues Obligationenrecht schufen, wurden nicht berücksichtigt. Im Verlaufe der Arbeit zeigte sich, dass der Einfluss der deutschen Rechtswissenschaft, vor allem der Theorienstreit, bedeutend geringer war als zunächst angenommen. So haben wir den Schwerpunkt unserer Arbeit auf den Uebergang vom, in der Form von Stadtrechtsreformationen, Amts-, Herrschafts- und Ortsrechten bestehenden, alten Recht zur modernen Zivilrechtskodifikation gelegt und dabei neben der gewillkürten Vertretung auch die Prozessvertretung und die gesetzliche Vertretung miteinbezogen. Den Abschluss bildet eine kurze Darstellung der freien Stellvertretung im OR von 1881.

Wenn sich auch die Regelungen in den einzelnen Kantonen, vor allem den ausgeprägt deutschrechtlichen, einerseits und den von römischem Recht beeinflussten andererseits, stark gleichen, treten doch immer wieder Besonderheiten auf, die einer näheren Untersuchung wert sind.

1. Kapitel

DIE REGELUNG DER STELLVERTRETUNG IM EUROPAEISCHEN RECHT BIS ZUM ERLASS DES BGB

1. Abschnitt

DIE STELLVERTRETUNG IM ROEMISCHEN RECHT¹

I. Einleitung

Grundsätzlich war die direkte Stellvertretung im römischen Recht ausgeschlossen, d. h. es konnten keine Rechtsgeschäfte im Namen eines Dritten abgeschlossen werden, deren Wirkungen unmittelbar in dessen Person eintraten².

Dieser Ablehnung der ermächtigten direkten Stellvertretung im Hinblick auf den Abschluss von Rechtsgeschäften standen sehr gut ausgebaute Möglichkeiten der Prozessvertretung gegenüber³.

Für die Begründung der Tatsache, dass sich das Institut der direkten Stellvertretung im römischen Recht nicht entwickelt hat, lässt sich Verschiedenes anführen. Erstens erforderte die Formenstrenge des römischen *ius civile* jeweils die persönliche Vornahme der betreffenden

1 Max Kaser, Das römische Privatrecht, 2. Bde., 2. A., München 1971 und 1975. Das römische Zivilprozessrecht, München 1966.

Jörs-Kunkel, Römisches Privatrecht, 3. A., Berlin/Göttingen/Heidelberg 1949.

Sohm/Mitteis/Wenger, Institutionen-Geschichte und System des römischen Privatrechts, 17. A., Berlin 1949.

Rabel Ernst, Grundzüge des römischen Privatrechts, 2. A., Basel 1955.

2 Kaser, PR I 260/61; Mitteis, a. a. O. 9 ff.; Jörs/Kunkel, a. a. O. 101 u. a.; dazu Gaius 2, 95; D. 44, 7, 11; D. 50, 17, 73, 4 "nec paciscendo nec legem dicendo nec stipulando quisquam alteri cavere potest".

3 siehe unten

Rechtshandlungen. Zweitens bestand, trotz der fortgeschrittenen Entwicklung des römischen Wirtschaftssystems, keine Notwendigkeit zur Einführung der direkten Stellvertretung, da die Zwecke, zu deren Erfüllung sie hätte dienen können, mit Hilfe anderer rechtlicher Konstruktionen erreicht wurden. Drittens war die Fiktion, durch einen Vertreter in der Person eines andern Rechtswirkungen hervorzurufen, für die konkrete Denkweise der römischen Juristen doch sehr abstrakt⁴.

Aufbauend auf der damaligen Struktur der Gesellschaft handelten die Römer durch abhängige Organe oder bedienten sich der Mittel der indirekten Stellvertretung oder aber der Treuhand⁵. Von diesen Ersatzmitteln für die direkte Stellvertretung war das Handeln durch abhängige Organe das weitaus bedeutendste. Interessant ist, dass in Aegypten, wo die Sklavenwirtschaft nie das Ausmass angenommen hatte wie in Rom selbst, die Vertretung durch Gewaltfreie viel verbreiteter war als dort⁶.

II. Die Ersatzformen der Stellvertretung in der vorklassischen und klassischen Zeit

A. Handeln durch abhängige Organe

Gewaltunterworfenen (Hauskinder, Sklaven) konnten für ihren Gewalthaber (pater familias, dominus) rechtsgeschäftlich tätig werden, und zwar nicht nur als Boten (nuntii), sondern in den Schranken der vom Gewalthaber zugestandenen Befugnis als selbständig entscheidende und handelnde Organe. Dieses Handeln durch Organe finden wir auch im öffentlichen

4 Kaser, a. a. O.; Mitteis, a. a. O. 13 ff.; ausführlicher Müller, Stellvertretung 16 ff.

5 Kaser, a. a. O. 261.

6 Kaser, a. a. O.; Jörs/Kunkel 102.

Recht. Die Magistrate handeln für den *populus Romanus* oder die *municipia*, die Priester für ihre Gottheiten⁷.

So konnten die Gewaltunterworfenen, die ja selbst vermögensunfähig waren⁸, für ihren Gewalthaber Rechte und Sachen erwerben, und zwar vermittelt aller formfreien und förmlichen Erwerbsakte mit Ausnahme der *in iure cessio*⁹. Für den Erbschaftsantritt¹⁰ und für den nicht zugunsten des *peculium* erfolgenden Besitzerwerb¹¹ war das *iussum* des Gewalthabers erforderlich. Besitz und, soweit mit dem Besitzerwerb auch Eigentumserwerb verbunden war, auch Eigentum, konnten seit dem 2. Jh. n. Chr. auch Gewaltfreie, und zwar der *procurator* für den *patronus*¹² und der *tutor* für das Mündel¹³, erwerben.

Nach dem *ius civile* wurde aus Rechtshandlungen nur derjenige verpflichtet, der sie vorgenommen hatte. Eine Ausnahme finden wir nur bei der Darlehensgewährung an den *procurator*, die als *negotium gestum* für den Geschäftsherrn betrachtet wird¹⁴. Anders im prätorischen Recht. Dort wurde mit den adjektizischen Klagen eine Institution geschaffen, deren wirtschaftlicher Erfolg demjenigen der direkten Stellvertretung gleichkam¹⁵. Der Gläubiger erhielt aus Geschäften von Gewaltunterworfenen (ausnahmsweise später auch von nur sozial Abhängigen) neben den Klagen gegen diese eine zusätzliche Klage gegen den Gewalthaber (bzw. den

7 Kaser, a. a. O.; Rabel 185.

8 ausg. das *peculium castrense* seit Augustus, Kaser PR I, 2. A., 344.

9 Gaius 2, 95; D. 41, 1, 53 "Ea quae civiliter adquiruntur per eos, qui in nostra potestate sunt, adquirimus, veluti stipulationem ..."; D. 13, 7, 11, 6; C. 4, 27, 1 pr.; Gaius 2, 87; D. 46, 4, 8.

10 Gaius 2, 87.

11 D. 41, 3, 47; D. 41, 4, 2, 11.

12 D. 41, 1, 13 pr.; D. 41, 2, 42, 1.

13 D. 41, 1, 13, 1; D. 6, 2, 7, 10; D. 13, 7, 11, 6; D. 41, 2, 1, 20.

14 Kaser PR I 264; Sohm-Mitteis-Wenger 245 ff.; D. 3. 5, 3; D. 3, 5, 30 pr.; D. 15, 3, 10, 5.

15 Kaser PR I §141.

patronus). Es ist aber zu betonen, dass die Gewaltunterworfenen nicht als Stellvertreter, sondern in eigenem Namen primär mit Wirkung für sich selbst handelten und durch die adjektizischen Klagen nur eine zusätzliche Haftung begründet wurde. Aus Geschäften von Gewaltunterworfenen finden wir zwei Gruppen von Klagen; die eine enthält die Klagen aus der Pekuliarhaftung (*actio de peculio vel de in rem verso*¹⁶, *actio tributoria*¹⁷), die darauf beruhen, dass der Gewalthaber bis zum Betrag des einem Gewaltunterworfenen eingeräumten *peculium* dessen Gläubigern haftete, die andere die *actio quod iussu*¹⁸ aus Geschäften, die der Gewaltunterworfene aufgrund einer Weisung oder Ermächtigung des Gewalthabers abschloss. Daraus ergab sich für diesen eine Haftung in *solidum*.

Aus Geschäften von nur sozial Abhängigen (Gewaltfreien) standen dem Gläubiger in zwei Fällen Klagen zu. Ein Schiffskapitän begründete durch die Eingehung von Geschäftsschulden eine zusätzliche, unbeschränkte Haftung seines Reeders, die mit der *actio exercitoria*¹⁹ geltend gemacht werden konnte. Ebenso verpflichtete der *institor* (angestellter Leiter eines Handels- oder Gewerbebetriebes) seinen Unternehmer, gegen den mit der *actio institoria*²⁰ vorgegangen werden konnte. Unter Papinian wurde dieser Gedanke ausgeweitet. Auch der *procurator* konnte jetzt eine Haftung seines *patronus* begründen (Geltendmachung mit der *actio quasi institoria*²¹). Fraglich bleibt, ob aus Verträgen, die der Gewaltunterwor-

16 Gaius 4, 72a-74a; C. 4, 26, 7, 3; D. 15, 1 *actio de peculio*; D. 15, 3 *actio de in rem verso*.

17 Gaius 4, 72; D. 14, 4 *de tributoria actione*.

18 Gaius 4, 70 "Imprimis itaque si iussu patris dominive negotium gestum erit, in solidum praetor actionem in patrem dominumve comparavit; et recte ..."
D. 15, 4; v. a. D. 15, 4, 1, pr.

19 D. 14, 1 *de exercitoria actione*; D. 14, 1, 1, 4 "cuius autem condiccionis sit magister iste, nihil interest, utrum liber an servus ..."; Gaius 4, 71.

20 D. 14, 3 *de institoria actione*; Gaius 4, 71.

21 D. 3, 5, 30 pr.; D. 14, 3, 19 pr.; D. 19, 1, 13, 25; D. 17, 1, 10, 5.

fene auf iussum des Gewalthabers abschloss, gegen diesen neben der actio quod iussu auch die regelmässige Vertragsklage gegeben wurde²².

Honorarrechtliche Verpflichtungen durch einen procurator liessen die Prätores zu, so z.B. den Antrag auf prätorische Erbeinweisung²³, das receptum nautarum²⁴, das constitutum debiti²⁵ und das precarium²⁶.

Auf dem Gedanken der Billigkeitshaftung beruhte es, wenn der Prätor aus zivilen Verbindlichkeiten (niemals aber aus einer auf einen fremden Namen lautenden Stipulation) eine actio utilis auf den Vertretenen überleitete²⁷.

Verfügungen durch einen Vertreter mittels der Formalakte des ius civile waren unmöglich, da diese an die persönliche Vornahme durch den Berechtigten gebunden waren²⁸. Eine Ausnahme bildete nur die manumissio vindicta, die, bei Zustimmung des pater familias, ausnahmsweise der filius familias vornehmen konnte²⁹.

Die Vornahme formfreier Verfügungen war nicht an die Organeigenschaft gebunden, sondern stand jedem, auch dem Nichtberechtigten, offen. Notwendig war nur eine nachträgliche Genehmigung (vermittels ratihabitio)

22 Für das Darlehen: D. 12,1,29 "Si institorem servum dominus habuerit, posse dici Iulianus ait etiam condici ei posse, quasi iussu eius contrahatur, a quo praepositus est." D. 14,3,17,5.

23 Kaser PR I 264; D. 37,1,3,7 "Adquirere quis bonorum possessionem potest vel per semet ipsum vel per alium." D. 29,2,48; D. 46,8,24 pr.

24 D. 4,9,1,3.

25 D. 13,5,5,6.

26 D. 43,26,6,1.

27 Kaser PR I 266/67: vor allem beim tutor und curator, aber auch beim actor, institor und procurator.

28 D. 46,2,34 pr.; D. 46,2,25.

29 D. 40,9,15,1; D. 40,2,4 pr.; D. 40,2,22 "Pater ... ad filium epistulam fecit, quae permisit ei, quem vellet ex servis ... vindicta liberare ... solam enim electionem filio concessit, ceterum ipse manumittit.

oder natürlich eine vorherige Ermächtigung (durch *iussum* oder *mandatum*)³⁰.

B. Handeln durch indirekte Stellvertretung³¹

Stark vertreten war auch das Institut der indirekten Stellvertretung. Es kam überall dort zum Zuge, wo das Handeln durch abhängige Organe den wirtschaftlichen Bedürfnissen nicht mehr zu genügen vermochte.

Der mittelbare Stellvertreter schloss das Geschäft (Aussenverhältnis) in seinem Namen auf eigene Rechnung ab und trat dann im Innenverhältnis den Erfolg an den Vertretenen ab. Der Vertretene konnte dem Vertreter eine Ermächtigung (*iussum*, später auch *mandatum*) für den Abschluss von Rechtsgeschäften ausstellen oder diese nachträglich genehmigen. Vertreter waren in älterer Zeit nur Gewaltunterworfenen, später auch Gewaltfreie, so zunächst der *procurator*³² (der früher vielfach vom Sklaven zum nur noch der Patronatsgewalt unterstehenden freigelassenen Vermögensverwalter aufstieg), später auch Bankiers und beliebige Gewaltfreie³³.

C. Handeln durch Treuhänder

Die Treuhänder traten in der Regel als mittelbare Stellvertreter auf³⁴. Bei der *fiducia*, der klassischen Form der Treuhand, verfügte der Fiduziar als Eigentümer, während das Innenverhältnis zwischen ihm und dem Fiduzianten, das *pactum fiduciae*, rein obligatorischer Natur war.

30 D. 41, 1, 9, 4; D. 6, 1, 41, 1.

31 Kaser, PR I 264/65.

32 D. 3, 3, 1 pr. und 1.

33 D. 46, 8, 12, 1; D. 3, 5, 5, 11.

34 Kaser, PR I 266/67; D. 3, 3, 1 pr. und 1.

Daneben konnte man einen Vertrauensmann als Nebengläubiger bei der Stipulation mitwirken lassen, sodass das betreffende Recht zu seinem eigenen wurde³⁵.

Treuhänder waren auch tutor und curator ihren Mündeln gegenüber. In alter Zeit wurden sie kraft ihrer agnatischen Stellung als eigenberechtigte Herren des Mündelvermögens betrachtet und waren als solche ohne weiteres zur Prozessführung berechtigt³⁶, konnten also kraft eigenen Rechts (domini loco)³⁷ über deren Vermögensrechte verfügen und schon in klassischer Zeit für sie Besitz und Eigentum erwerben³⁸. Bei Verpflichtungsgeschäften gewährte der Prätor dem Mündel die Klagen aus Geschäften des tutor und curator³⁹, ebenso aber umgekehrt seinen Gläubigern⁴⁰, die nach der Auflösung des vormundschaftlichen Verhältnisses gegen die ehemaligen Schutzbefohlenen vorgehen konnten.

Die Stellung von tutor und curator wurde im Verlaufe der Zeit immer mehr ihrer Machtfülle entkleidet. Handeln mussten, sofern sie urteilsfähig waren, die Schutzbefohlenen, wobei aber das Gültigkeitserfordernis der vormundschaftlichen auctoritas gewahrt blieb⁴¹.

D. Die Vertretung im Prozess

Im Legisaktionenverfahren war es grundsätzlich nicht gestattet, sich vertreten zu lassen. Von dieser Regel gab es nur sehr wenige Ausnahmen⁴².

35 Rabel, 185.

36 Rabel, a. a. O.; Kaser, ZPR 46/47.

37 Rabel, a. a. O.; Kaser, a. a. O.; D. 26, 7, 27.

38 D. 41, 1, 13, 1; D. 6, 2, 7, 10; D. 13, 7, 11, 6; D. 41, 2, 1, 20.

39 D. 26, 7, 9 pr.

40 Kaser, PR I 267.

41 Kaser, ZPR 150.

42 Kaser, ZPR 46/47.

Im Formularprozess war es generell gestattet, sich vertreten zu lassen. Allerdings entsprach die damalige Prozessvertretung nicht unserer heutigen direkten Stellvertretung, obwohl der Endeffekt derselbe war. Der Prozessvertreter, cognitor oder procurator, actor, tutor oder curator, handelte vor Gericht nicht als Stellvertreter einer Partei, sondern als Prozesspartei selbst. Entweder erhielt er eine Ermächtigung durch iussum oder mandatum seitens des Vertretenen, oder aber er war aufgrund seiner Treuhänderstellung zur Vertretung berechtigt. Eine Prozessführung durch einen nicht ermächtigten Vertreter konnte vom Vertretenen nachträglich noch genehmigt werden; ansonsten war sie nichtig⁴³.

Ebenfalls zugelassen war die Stellvertretung im klassischen Kognitionsprozess⁴⁴.

III. Die nachklassischen Entwicklungen⁴⁵

A. Die Entwicklung im weströmischen Vulgarrecht

Die Nachklassik ist charakterisiert durch die Ausbreitung des Christentums, einen allgemeinen wirtschaftlichen Niedergang, bedingt durch den Zerfall der Sklavenwirtschaft, und eine starke Lockerung der Familienbande, was alles für die Rechtsentwicklung nicht ohne Folgen blieb. Die Gewaltunterworfenheit als Basis für Vertretungsverhältnisse trat in den Hintergrund; es wurde immer mehr auf das Einverständnis des Vertretenen abgestellt⁴⁶.

Jeder konnte als Vertreter für einen Dritten Rechte und Sachen erwerben, vorausgesetzt, dieser Dritte hatte ihn vorher dazu ermächtigt oder

43 Kaser, a. a. O. 152 ff.

44 Kaser, a. a. O. 382.

45 grundlegend Kaser, PR II §204 (99 ff.).

46 Levy, Weströmisches Vulgarrecht, Das Obligationenrecht 60/61.

das Rechtsgeschäft nachträglich genehmigt⁴⁷. Hier setzte sich also die gleiche Regelung durch, wie sie in der klassischen Zeit für formfreie Verfügungen gegolten hatte.

Auch die Vertretung in Verpflichtungsgeschäften wurde weiterentwickelt. Die adjektizischen Klagen wurden in ihrer Bedeutung z. T. stark verändert⁴⁹. Die *actio quod iussu* behielt man bei, wobei aber ein im Vergleich zur Klassik weiter gezogener Kreis von Abhängigen aufgrund einer Ermächtigung für den Gewalthaber Verpflichtungen eingehen konnte⁴⁹. Die *actio institoria*, die in der klassischen Zeit eine Doppelhaftung des Gewalthabers bzw. Unternehmers und des von ihm abhängigen institor begründete, wurde zu einer Geschäftsherrenhaftung umgebildet, da sich der institor im Verlaufe der Zeit zu einem selbständigen Unternehmer entwickelt hatte. Die Angestellten eines institor konnten ihren Prinzipal also in geschäftlicher Hinsicht verpflichten, ja dessen Haftung erstreckte sich sogar auf aussergeschäftliche Schädigungen durch seine Angestellten⁵⁰. Auch die *actio de peculio* musste mit der Anerkennung einer beschränkten Rechtsfähigkeit (bei allen Gewaltunterworfenen einer beschränkten Vermögensfähigkeit)⁵¹ umgestaltet werden⁵². Bei Sklaven, aber auch bei Kolonen etc. konnte nur noch auf deren *peculium* gegriffen werden⁵³, wobei dem Gewalthaber erst noch mit seinen Forderungen der Vorrang gebührte. Das Gut der Hauskinder wurde als ihr Eigenvermögen betrachtet⁵⁴. Die *actio de in rem verso* verlor ihre Bedeutung⁵⁵.

47 Levy, a. a. O. 73 ff.; Conrat, Der westgothische Paulus, 81 ff.

48 Levy, a. a. O. 77 ff.; Conrat, a. a. O., 158 ff.

49 Codex Theodosianus 2, 31, 1.

50 Levy, a. a. O. 81 ff.; PS 2, 8, 3.

51 Kaser, PR II 103, 106/107; C. 4, 26, 13, 4.

52 dito

53 C. 4, 26, 13, 4; Kaser, a. a. O.

54 CT 2, 32, 1.

55 Levy, a. a. O. 80; Conrat, a. a. O. 162 ff.

Ueber fremde Rechte konnte gültig nur noch mit Ermächtigung des Berechtigten verfügt werden, dies eine Folge des allgemeinen Misstrauens in jener Zeit⁵⁶.

B. Die Ausgestaltung der Stellvertretung im Corpus
iuris civilis

Das praxisnahe weströmische Vulgarrecht hatte die Ausbildung der Stellvertretung stark vorangetrieben, so vor allem mit der Anerkennung des Rechtserwerbs durch beliebige Vertreter. Die Regelungen des Corpus iuris bedeuten dieser Entwicklung gegenüber einen Rückschritt, da Justinian wo immer möglich die klassischen Regelungen wieder aufleben liess⁵⁷.

Der Rechtserwerb durch einen gewaltfreien Vertreter wurde verboten⁵⁸, ebenso die Stipulation auf fremden Namen⁵⁹. Hingegen wurden der Besitz- und der damit allenfalls verbundene Eigentumserwerb für einen Dritten durch einen Vertreter ohne jegliche Beschränkung zugelassen⁶⁰. Der pater familias konnte einen Anspruch auf den Rechtserwerb seines Sohnes nur dann noch geltend machen, wenn dieser ihn mit dem vom Vater erhaltenen peculium, dem peculium profecticium, getätigt hatte⁶¹.

Bei den Verpflichtungsgeschäften wurde die klassische Regelung mit den adjektizischen Klagen grundsätzlich beibehalten. Zur actio quod iussu ist zu bemerken, dass nach einem Gesetz von 422 der Kreis derjenigen, die auf ausdrückliche Ermächtigung durch den Gewalthaber hin Kredit

56 Levy, a. a. O. 75 ff.; CT 5, 19, 1; CT 2, 30, 2.

57 Kaser, PR II, 1. A. 69; 2. A. 103, dort differenzierter. Levy, a. a. O. 86 ff.

58 Inst. 2, 9, 5.

59 D. 45, 1, 38, 17; C. 8, 38, 3 pr.

60 Inst. 2, 9, 5; C. 7, 32, 1; D. 41, 1, 20, 2; D. 41, 1, 53; C. 4, 27, 1 pr.

61 C. 6, 61, 6; Inst. 2, 9, 1; 3, 28 pr.

aufnehmen konnten, wie im weströmischen Vulgarrecht stark erweitert wurde⁶². Die Haftung des Gewalthabers erstreckte sich in diesem Fall auf alle von ihm zur Geldaufnahme ermächtigten sozial Abhängigen. Neben diesen galt auch der Gewalthaber als Vertragspartei und konnte neben den Gewaltunterworfenen mit einer gewöhnlichen Vertragsklage belangt werden⁶³. Die *actio de peculio* konnte trotz ihrer Wiedereinführung ihre alte Bedeutung nicht wiedergewinnen, da die Pekuliarhaftung durch die steigende Vermögensfähigkeit der Gewaltunterworfenen eingeschränkt wurde⁶⁴. Die *actio de in rem verso* wurde in eine Haftung des Geschäftsherrn aus dem Handeln Gewaltfreier umgestaltet⁶⁵. Die *actio institoria* und die *actio exercitoria* wurden beibehalten, doch ist uns ihre damalige Bedeutung ungewiss⁶⁶.

Bei den Verfügungsgeschäften wurde die klassische Regelung wiederaufgenommen⁶⁷.

C. Die Prozessvertretung in der nachklassischen Zeit⁶⁸

Der *cognitor* und der *procurator* wurden einander vollkommen gleichgestellt. Justinian entfernte sogar den Ausdruck "*cognitor*" aus den Quellen und ersetzte ihn überall durch *procurator*. Sowohl im Westen als auch im Osten musste sich der *procurator* bei Prozessbeginn legitimieren. Die Prozessführung durch einen Vertreter konsumierte das Klagerrecht des Vertretenen.

62 C. 4, 26, 13 pr., CT 2, 31, 1.

63 D. 12, 1, 29; D. 14, 3, 17, 5; D. 17, 2, 84; Inst. 4, 7, 8.

64 Kaser, PR II 106/107.

65 C. 4, 26, 7, 3; C. 4, 2, 13; C. 8, 15, 1; D. 12, 1, 27; D. 17, 2, 82.

66 Kaser, PR II 107; Levy, a. a. O. 82.

67 Kaser, PR II 105.

68 für das ganze Kapitel Kaser, ZPR § 85, 499 ff.

Ebenfalls zur Prozessführung für ihre Schutzbefohlenen befugt waren die gesetzlichen Vertreter.

Der advocatus, in der klassischen Zeit noch reiner Berater der Parteien, vertrat diese immer mehr vor Gericht.

2. Abschnitt

DIE ENTWICKLUNG BIS ZUM BEGINN DES HUMANISMUS

I. Glossatoren und Kommentatoren¹

Sowohl die Glossatoren als auch die Kommentatoren hielten grundsätzlich an der justinianischen Regelung der Vertretung fest.

Die Unmöglichkeit des Rechtserwerbs durch einen Dritten blieb bestehen². Obwohl die Zulässigkeit der Stellvertretung im Besitzerwerb generell nicht ausdrücklich bestätigt wurde, ergibt sich deren Gültigkeit aus dem Katalog von Ausnahmen vom Prinzip "alteri stipulari nemo potest", der von den Glossatoren zusammengetragen wurde³. Wesenberg⁴ weist auf die Bedeutung der Annäherung dieser beiden Rechtsinstitute, des Besitzerwerbs durch Dritte und der Stellvertretung, hin.

Auch bei den Verpflichtungsgeschäften blieb die Regelung des Corpus iuris in Kraft, wenn sie auch durch Glossatoren und Kommentatoren in vielfacher Art und Weise weiterausgebaut wurde. Die adjektizischen Klagen behielt man bei und damit auch die Doppelhaftung des Gewalthabers und des Gewaltunterworfenen bzw. Abhängigen (hier in der Regel des procurator)⁵. Grössere Bedeutung gewann das Institut der actio utilis, die der Gegenpartei bei Zahlungsunfähigkeit oder längerer Abwesenheit des procurator gegen den dominus gegeben wurde⁶. Dieses Sy-

1 Müller Ulrich, Die Entwicklung der direkten Stellvertretung und des Vertrages zu Gunsten Dritter, Stuttgart/Köln 1969.

Wesenberg Gerhard, Zur Behandlung des Satzes "Alteri stipulari nemo potest" durch die Glossatoren in Festschrift Fritz Schulz, Bd. 2, Weimar 1951.

Buchka Hermann, Die Lehre von der Stellvertretung bei der Eingehung von Verträgen, historisch und dogmatisch dargestellt, Rostock 1852.

2 Müller, a. a. O. 30.

3 ders., a. a. O. 32 f.

4 Wesenberg, a. a. O. 263 f.

5 Müller, a. a. O. 31.

6 ders., a. a. O. 33.

stem bevorzugte die Gegenpartei stark, die jetzt sowohl den Vertreter als auch den Vertretenen belangen konnte. Baldus kehrte deshalb das ganze System der Erteilung der *actio utilis* um. Es durfte nach ihm nun nicht mehr nur der Dritte zusätzlich zum *procurator* auf den *dominus* greifen, sondern neben dem *procurator* auch der *dominus* auf den Dritten⁷. Die Konstruktion von Paulus de Castro, der den *dominus* im Vertrag geradezu die Stellung des *procurator* einnehmen liess, konnte sich nicht durchsetzen⁸.

Parallel zu diesen Bemühungen wurde die Stellung des *procurator* verbessert, der bis anhin bei Anwendung der adjektivischen Klagen immer primär neben dem *dominus* haftete. Diese Lösung vermochte den Bedürfnissen des Verkehrs nicht Genüge zu tun. Eine vollständige Haftungsbe-freiung für den Vertreter konnte sich in dieser Epoche noch nicht durchsetzen, doch liess schon Baldus den *procurator* nur noch mit dem Vermögen des *dominus*, nicht mehr mit seinem eigenen, haften⁹. Auch anderweitig wurde die Tragweite des Satzes "*alteri stipulari nemo potest*" eingeschränkt, nämlich durch die Unterscheidung der Verba im Text der Stipulation in *verba promissiva* oder *obligatoria* einerseits, die durch das Versprechen die Leistungspflicht entstehen liessen, und der *verba executiva* andererseits, die bestimmten, an wen geleistet werden müsse. Wurde die Stipulation auf einen Dritten bezogen, und zwar auf einen *procurator* oder *negotiorum gestor*, so betrachtete man die Stipulation als gültig, wenn die *verba promissiva* und die *verba executiva* auf den Stipulierenden gerichtet waren¹⁰. Müller bezeichnet diese Art von Stipulation als Ausgangspunkt für die Entwicklung der modernen Stellvertretung¹¹.

7 ders., a. a. O. 35.

8 ders., a. a. O. 36.

9 ders., a. a. O. 37; Fränkel, a. a. O. 379 f.

10 Müller, a. a. O. 39; Buchka, a. a. O. 141.

11 Müller, a. a. O. 39.

Weiter als alle andern Glossatoren und Kommentatoren ging Martinus, der unter Berufung auf die *aequitas* die These vertrat, das "*alteri nemo stipulari potest*"-Prinzip beziehe sich nur auf die Gewährung der *actio directa*, nicht aber der *actio utilis*. So gestand er dem Dritten, sofern der Vertrag auf diesen konzipiert war, neben der *actio directa* gegen den *procurator* immer eine mit dieser übereinstimmende *actio utilis* gegen den *dominus* zu¹².

II. Zur Behandlung der Stellvertretung im kanonischen Recht¹³

Die justinianische Kodifikation wurde von der Kirche als geltendes Recht anerkannt. Ausgenommen von dieser Anerkennung waren nur Gebiete, in denen sie selbst legifizierte. Entstanden Kollisionen, so ging das kanonische als jüngeres Recht vor. So behielt auch der Satz "*alteri stipulari nemo potest*" seine Gültigkeit, da die Kirche auf dem Gebiet des Obligationenrechts keine Vorschriften erliess¹⁴.

Die Stellvertretung innerhalb der kirchlichen Hierarchie (angefangen mit dem Papst als Stellvertreter Christi) war nicht rechtsgeschäftlicher, also privatrechtlicher, sondern öffentlichrechtlicher Natur, da sie auf der Befehlsgewalt der Oberen beruhte¹⁵. Rechtsgeschäftliche Vertretungsverhältnisse fielen vielmehr generell unter das Verbot der Drittstipula-

12 ders., a. a. O. 44 ff., der auch den grossen Einfluss des Martinus auf die oberitalienischen Statutarrechte, die in der Zulassung der direkten Stellvertretung viel fortschrittlicher waren, bezeugt (57 ff.).

13 siehe Literaturverzeichnis. Grundlegend sind Müller, Die Entwicklung der direkten Stellvertretung und des Vertrages zugunsten Dritter; Buchka, Stellvertretung; Bauer, Stellvertretung.

14 Müller, a. a. O. 61 f.

15 ders., a. a. O. 65.

tion¹⁶. Nur in zwei Fällen konnte der Vertreter für einen Dritten rechtsgültig abschliessen, ohne dabei berechtigt und verpflichtet zu werden, nämlich bei der mit einer Eidesleistung verbundenen Stipulation zugunsten eines Dritten und bei der Eheschliessung durch einen procurator¹⁷. Der erste Fall ist ein Vertrag zugunsten Dritter, wobei der Eidesleistung heilende Kraft zukommt¹⁸, der zweite eine faktische Stellvertretung, die schon von den Glossatoren und Kommentatoren, gestützt auf das Corpus iuris, zugelassen wurde, ein Handeln durch einen Boten¹⁹, da dem die Ehe schliessenden procurator jede Möglichkeit zur eigenen Willensbetätigung fehlte.

III. Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass im Mittelalter wohl viele Ansätze zur Ueberwindung des Satzes "alteri nemo stipulari potest" geschaffen wurden, aber nirgendwo ein entscheidender Durchbruch gelang. Man blieb auf einem sehr fein ausgebauten System von Ausnahmen und Umgehungsmöglichkeiten stehen, die dem Verbot der direkten Stellvertretung und, damit untrennbar verbunden, der Verträge zugunsten Dritter, viel von seiner Wirksamkeit nahmen, ohne jedoch etwas grundsätzlich Neues zu schaffen.

16 kontrovers, da Bauer, a. a. O. 37 die Zulässigkeit der rechtsgeschäftlichen Vertretung bejaht. Von Müller, a. a. O. 62 f. widerlegt.

17 Müller, a. a. O. 65 f.; Buchka, a. a. O. 145 ff.

18 weitere Kontroversen über die Heilung an sich nichtiger Verträge durch den Eid bei Müller, a. a. O. 68 ff. und später im Humanismus.

19 ders., a. a. O. 63; Assmann, Die Rechtsstellung des Boten, 16 ff.

3. Abschnitt

HUMANISMUS, USUS MODERNUS UND NATURRECHT

I. Die Entwicklung im Humanismus

Grundsätzlich hielten die italienischen, französischen und deutschen Humanisten mit Ausnahme des Hotomanus, der sich die Lehre des Martinus zu eigen machte¹, am Dogma der Unzulässigkeit der unmittelbaren Drittberechtigung und -verpflichtung fest². Für den Humanismus merkwürdig erscheint die grosse Uebereinstimmung mit der Glosse³. Um den Bedürfnissen des Verkehrs zu genügen, die einen Ausbau der Vertretungsmöglichkeiten erforderten, liessen die humanistischen Juristen, gestützt auf D. 45, 1, 38, 17 und C. 8, 38(39), 3 eine Drittstipulation zu, falls der Vertreter selbst ein Interesse daran hatte oder eine Konventionalstrafe ausbedungen war⁴. Mit der Konstruktion, jede Bestellung zum procurator "indiziere dessen Interesse", nahm man dem justinianischen Dogma viel von seiner Schärfe⁵. Das Verbot der Drittstipulation und dessen Umgehungsmöglichkeiten wurden damals nicht nur unter rein juristischen, sondern auch unter theologischen Aspekten diskutiert⁶.

Anders verlief die Entwicklung in den Niederlanden⁷. Die dortigen Juristen fanden den Ausweg aus dem Dilemma, in das sie die restriktive Regelung des Corpus iuris stürzte, in der Berücksichtigung einer entgegenstehenden consuetudo. Sie erklärten unter Berufung auf das Corpus iuris, dass die consuetudo, die mores hodierni, dem "alteri stipulari

1 Müller, a. a. O. 96 f.; Buchka, a. a. O. 156; Bauer, a. a. O. 20.

2 Müller, a. a. O. 73.

3 ders., a. a. O. 79 ff.

4 ders., a. a. O. 84 ff.

5 ders., a. a. O. 86.

6 vgl. dazu Müller, a. a. O. 86 ff.

7 ders., a. a. O. 98 ff.

nemo potest"-Prinzip derogierten, demgemäss also bei gegensätzlicher Uebung die Drittstipulation zulässig sei⁸.

Eine Unterscheidung zwischen der direkten Stellvertretung und dem Vertrag zugunsten Dritter wurde auch von den niederländischen Humanisten noch nicht herausgearbeitet.

II. Die Entwicklung im Usus Modernus Pandectarum

Die ersten Juristen des Usus Modernus beschränkten sich auf die Wiederholung der von den Legisten und Humanisten erarbeiteten Thesen. So wurde das "alteri nemo stipulari potest"-Prinzip anerkannt und auf alle Vertragstypen ausgeweitet⁹. Dessen Umgehung, wirtschaftlich genauso notwendig wie in den Niederlanden, erfolgte durch eine weitherzige Auslegung des Interessebegriffs¹⁰.

Später nahm man Bezug auf die niederländischen Juristen und berief sich auf eine dem Verbot der Drittstipulation entgegenstehende consuetudo¹¹. Die Juristen des Usus Modernus schufen keine weitgehenden theoretischen Begründungen für ihre radikale Abkehr vom Dogma; es genügte ihnen die Anerkennung des Rechtserwerbs durch Dritte in den Partikularrechten. Zuweilen wurden auch die Theorien des Naturrechts, stark vereinfacht zwar, zur Untermauerung herbeigezogen¹².

8 ders., a. a. O. 100 f.

9 ders., a. a. O. 113 f.

10 ders., a. a. O. 115 f.

11 ders., a. a. O. 118 ff.

12 ders., a. a. O. 122

III. Die Entwicklung der Stellvertretung im Naturrecht

Das Naturrecht als ein über den positiven Normen stehendes allgemeines Vernunftrecht lehnte die absolute Autorität der Quellen, somit auch des Corpus iuris, ab. So musste auch geprüft werden, ob das Dogma "alteri nemo stipulari potest" mit der natürlichen Rechtsordnung vereinbar sei. Die damaligen Juristen, allen voran Hugo Grotius, haben diese Frage verneint. Zwar vertrat gerade Grotius zu Beginn seines Wirkens noch die justinianische Lehre¹³, doch änderte er seine Meinung in seinem Hauptwerk "De iure belli ac pacis", anerkannte er doch dort grundsätzlich die Gültigkeit der Drittstipulation¹⁴. Ausgehend von den beiden Begriffen des Willens und des consensus, die bei allen seinen Betrachtungen im Mittelpunkt standen, entwickelte er seine Theorie, die eine Unterteilung des Instituts der Drittstipulation in die direkte Stellvertretung, den Vertrag zugunsten Dritter und das Handeln ohne Vertretungsmacht beinhaltete, auch wenn er selbst diese Begriffe noch nicht einführte¹⁵.

a) Vertrag zugunsten Dritter

Nach Grotius konnte bei einem Vertrag zwischen Promittent und Promissar, wobei dieser in seinem eigenen Namen aufgetreten war und der Promittent an einen Dritten zu leisten hatte, der Promissar die Leistung in jedem Fall fordern, der Dritte aber nur, wenn er zu diesem Vertrag seinen consensus gegeben hatte. Heute ist in allen europäischen Rechtsordnungen dieser Beitritt des Dritten nicht mehr erforderlich¹⁶.

13 Müller, a. a. O. 125.

14 ders., a. a. O. 127 ff.

15 ebenso Bauer, a. a. O. 49 und 51.

16 Müller, a. a. O. 128 ff.

b) Stellvertretung

Trat ein Mandatar im Namen seines Mandanten auf, so traten die Vertragswirkungen bei diesem ein. Was im Vergleich zur heutigen Stellvertretung noch fehlte, war die Differenzierung zwischen Innen- und Aussenverhältnis¹⁷.

c) Vertretung ohne Vertretungsmacht

Kontrahierte jemand in fremdem Namen, ohne aufgrund eines Mandates dazu berechtigt zu sein, so konnten bis zur Genehmigung oder Nichtgenehmigung durch den Vertretenen weder der Promittent noch der Promissar zurücktreten¹⁸.

Die Nachfolger von Hugo Grotius beschränkten sich im allgemeinen darauf, seine Thesen zu verteidigen und weiter auszubauen. Von besonderer Bedeutung waren dabei Samuel Pufendorff, Wernher und Wolff. Zeiller, einer der Schöpfer des ABGB, konzipierte, ausgehend vom sog. Besorgungsvertrag, einen Ansatz zur Trennung von Aussen- und Innenverhältnis, ohne jedoch die letzten Konsequenzen zu ziehen¹⁹.

Wie schon unter II. erwähnt, griffen auch die Juristen des Usus Modernus auf die Theorien der Naturrechtler zurück, um ihre Ablehnung des justinianischen Dogmas weiter zu untermauern.

17 ders., a. a. O. 130 f.

18 ders., a. a. O. 131 f.

19 ders., a. a. O. 141 ff.

4. Abschnitt

DIE BEHANDLUNG DER STELLVERTRETUNG IN DEN NATURRECHTSKONFIKATIONEN

I. Der Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis¹

Der Codex Maximilianeus von 1756 anerkennt die direkte Stellvertretung. Sie wird im 9. Kapitel des 4. Teils unter dem Titel "Von der Vollmacht (Mandato) und anderen ähnlichen Handlungen" geregelt. Gegenüber den Erkenntnissen der niederländischen Humanisten, der deutschen Praktiker und der Naturrechtler sind keine wesentlichen Fortschritte zu verzeichnen.

Die Grundzüge der bayrischen Regelung

1. Kontrahiert der Mandatar² aufgrund eines Auftrages³ mit einem Dritten, so wird der Mandant⁴ direkt berechtigt und verpflichtet. Der Dritte muss von der Vertreterstellung des Mandatars Kenntnis haben⁵.
2. Eine Haftung des Mandatars gegenüber dem Dritten bleibt als Ueberrest des römischen Aktionensystems bestehen. Allerdings ist diese

1 Bauer, a. a. O. 64 ff.; Everding, a. a. O. 26 ff.

2 Synonyme sind Anwalt, Gewalthaber.

3 oder Vollmacht, Mandat, Commission.

4 Synonyme sind Prinzipal, Gewaltgeber.

5 4. Theil, 9. Capitul § 7: "Was I^{mo} Mandatarius nicht für sich, oder in eigener Sach, sondern von Commisions = wegen mit einem Dritten handelt und schliesset, ist eben soviel, als hätte solches der Prinzipal selbst gethan, und erwachset mithin hieraus seines Orts Actio & Obligatio in Ansehen des Drittens, ohne dass man zu dem Ende von Mandatario einer vorläufiger Cession heut zu Tag mehr bedarf ...".

auf die Dauer des Mandates und das sich in den Händen des Mandatars befindliche Vermögen des Mandanten beschränkt⁶.

3. Ueberschreitet der Mandatar die ihm erteilte Vollmacht oder handelt er ihr gar zuwider, so ist das auf diese Weise zustande gekommene Rechtsgeschäft ungültig. Für allen Schaden haftet der Mandatar, hier selbstverständlich mit seinem eigenen Vermögen⁸. Ebenso haftet jeder, der sich fälschlicherweise als Beauftragter ausgibt und natürlich derjenige, der ein Geschäft auf seinen statt des Prinzipals Namen stellt⁹.
4. Mit dem Tode einer der beteiligten Parteien erlischt grundsätzlich das Mandat. Beim Tode des Prinzipals sind die laufenden Geschäfte vom Mandatar zu Ende zu bringen, beim Tod des Mandatars von dessen Erben¹⁰.
5. Das Mandat kann vom Mandanten jederzeit frei widerrufen werden. Tritt der Mandatar zur Unzeit zurück, so wird er Schadenersatzpflichtig¹¹.
6. Eine geheime Instruktion hat keinen Einfluss auf die Gültigkeit von Rechtsgeschäften, die der Mandatar aufgrund einer öffentlichen Vollmacht abgeschlossen hat. Hingegen entsteht eine Schadenersatz-

6 § 7, 3^{tio} "Kan auch jeder Mandatarius von dem Dritten um das, was er als Anwald mit ihm gehandelt hat, zwar ebenfalls, wie der Prinzipal selbst, jedoch nicht länger als die Anwandschaft dauert, und nur soweit belangt werden, dass er ihm von seines Principalens Vermögen rechtliche Satisfaction verschaffe ..."

7 § 8: "Excedirt Mandatarius in seiner obhabender Commission, so ist imo das von ihm ausgerichtete Geschäft null ..."

8 § 8: "... Mandatarius hingegen muss 3^{tio} nicht nur denselben (d.h. den Prinzipal, Anm.), sondern auch den Dritten, mit welchem er also gehandelt hat, schadlos halten, ...".

9 § 7, 3^{tio}.

10 §§ 13 und 14.

11 §§ 11 und 12.

pflicht des Mandatars dem Mandanten gegenüber, falls er dessen interne Weisungen verletzt¹².

7. Die Vollmacht kann ausdrücklich oder stillschweigend erteilt werden¹³.
8. Mandant und Mandatar müssen handlungsfähig sein¹³.
9. Die Stellvertretung in "unehrbaren" und verbotenen Geschäften ist untersagt und begründet eine Solidarhaftung der Beteiligten¹⁴.
10. Die Stellung des Boten (nuntius) wird von jener des Mandatars abgegrenzt¹⁵.
11. Handlungsvorsteher und Factorn (Institores) können rechtlich auf verschiedene Art bestellt werden, sind jedoch im Verhältnis zu Dritten dem Mandatar gleichgestellt¹⁶.

Everding sieht in der Gleichbehandlung der Mandatare einerseits sowie der Handlungsvorsteher andererseits einen Ausgangspunkt für die Entwicklung einer in sich geschlossenen Lehre von der Stellvertretung als eines Instituts eigener Art¹⁷. M.E. liegt der Ausgangspunkt viel eher in der Unterscheidung zwischen geheimer Instruktion im Innenverhältnis und öffentlicher, für das Aussenverhältnis massgeblicher Vollmacht. Dieser Ansatz wurde damals nicht weiterentwickelt; man unterschied in keiner Weise zwischen Innen- und Aussenverhältnis, Auftrag und Vollmacht, sondern verwendete beide Begriffe synonym.

-
- 12 § 9, 4^{to} "Wenn Mandatarius nebst der öffentlichen Vollmacht auch eine geheime Instruktion hat, und nur diese letztere allein überschreitet, welchenfalls zwar der Principal von dem Anwald schadlos gehalten werden muss, das von ihm ausgerichtete Geschäft aber lässt sich derwegen nicht für ungültig ansehen ..."
 - 13 § 2 "... sofern nur beede solche Personen seynd, welche von Rechtswegen zu contrahiren vermögen."
 - 14 § 4: "Unehrbar=oder verbottene Geschäfte mögen mit Gültigkeit nicht übertragen werden ... haften beede Theile nicht nur der Obrigkeit um die gebührende Straf, sondern auch all jenen, welche dadurch zu Schaden kommen, um die Genugthuung."
 - 15 § 16.
 - 16 § 15.
 - 17 Everding, a.a.O. 28 f.

II. Das allgemeine Landrecht für die preussischen Staaten¹⁸

Die Regelung der Stellvertretung erfolgt im ALR im 13. Titel des 1. Teils "Von Erwerbung des Eigenthums der Sachen und Rechte durch einen Dritten" im ersten Abschnitt "Von Vollmachtsaufträgen". Der Begriff Vollmachtsauftrag steht hier für Mandat. Des weiteren werden die Begriffe "Vollmacht" und "Auftrag" vom Gesetz wohl synonym verwendet, von den Kommentatoren jedoch in der Weise geschieden, dass unter Auftrag die Willenserklärung, 'wodurch dem Andern das Recht, ein fremdes Geschäft zu besorgen, ertheilt wird', unter Vollmacht aber die Vollmachtsurkunde zu verstehen sei¹⁹. Der Auftrag bezieht sich nach dieser Sprachregelung also auf das Innenverhältnis, die Vollmacht auf das Aussenverhältnis.

Die Verträge zugunsten Dritter wurden von der Stellvertretung klar geschieden²⁰.

Die Grundzüge der preussischen Regelung

1. "Was der Bevollmächtigte, zufolge des erhaltenen Auftrags, mit einem Dritten verhandelt, verpflichtet (und berechtigt)²¹ den Machtgeber ebenso, als ob die Verhandlung mit ihm selbst vollzogen wäre²². Der Dritte muss von der Vertreterstellung des Bevollmächtigten Kenntnis haben, da er nur gegen den Machtgeber vorgehen kann,

18 vgl. dazu Bauer, Stellvertretung, 70 ff.; Everding, Stellvertretung, 30 ff.; Bielitz, Kommentar zum ALR, Bd. 3, 253 ff.; Klein, System des Preussischen Civilrechts, 401 ff.; Evelt, Das Preussische Civilrecht, 2. A., 300 ff. und 388 ff.; Dernburg, Lehrbuch des Preussischen Privatrechts, Bd. 2, 1. A., 448 ff.

19 Bielitz, a. a. O. 254.

20 Bauer, a. a. O. 70.

21 dies ergibt sich aus L. R. I, 13 § 4.

22 L. R. I, 13 § 85.

wenn sich der Bevollmächtigte durch eine schriftliche Vollmacht legitimiert hat²³.

2. "Wer mit einem Bevollmächtigten contrahirt hat, muss sich wegen Erfüllung des Vertrages in der Regel an den Machtgeber halten"²⁴, ausser der Bevollmächtigte habe in seinem eigenen Namen abgeschlossen²⁵. Dann entstehen keine Rechtsbeziehungen zwischen dem Machtgeber und dem Dritten. Für die kaufmännische Stellvertretung hat auch das ALR die römische Regelung mit der Doppelhaftung von Geschäftsherr und Vertreter, allerdings mit den im Cod. Max. erwähnten Einschränkungen, übernommen²⁶.
3. Ueberschreitet der Beauftragte die Grenzen der ihm erteilten Vollmacht, so wird der Machtgeber durch dessen Handlungen nicht verpflichtet²⁷. Ebenso entsteht für den Bevollmächtigten keine Verpflichtung, nicht einmal zur Schadloshaltung des Dritten²⁸, es müsste denn der Bevollmächtigte einen Betrug dabei begangen haben²⁹. Der Dritte kann nur, falls der Machtgeber nicht ratihabiert, vom Vertrag zurücktreten. Es erfolgt dann eine gegenseitige Rückerstattung der bereits erbrachten Leistungen³⁰.

Schliesst der Bevollmächtigte in seinem eigenen Namen ab, so kann nur er selbst belangt werden³¹.

4. "Durch den Tod eines der beyden Contrahenten werden in der Regel alle Aufträge geendigt, welche nicht mit auf die Erben ausdrücklich gerichtet sind"³². Für die laufenden Geschäfte gilt die gleiche Re-

23 L. R. I, 13 § 8.

24 L. R. I, 13 § 153.

25 L. R. I, 13 § 154.

26 Evelt, a. a. O. 389.

27 L. R. I, 13 § 90; vgl. zum ganzen Abschnitt Bielitz, a. a. O. 296.

28 L. R. I, 13 § 150.

29 L. R. I, 13 § 151.

30 L. R. I, 13 § 150.

31 L. R. I, 13 § 154.

32 L. R. I, 13 § 186.

gelung wie im bayrischen Landrecht: sie müssen vom Bevollmächtigten oder dessen Erben weiter besorgt werden³³.

Genau die gleichen Wirkungen wie der Tod zeitigt der Eintritt des Verlusts der Handlungsfähigkeit³⁴.

Bielitz³⁵ bezeichnet L. R. I, 13 § 197, wo das Dahinfallen der einem in Konkurs geratenen Kaufmann erteilten Aufträge festgestellt wird, als Spezialfall von § 196, da der Konkursit unfähig sei, seinem Vermögen vorzustehen und deshalb sowohl beim Konkurs des Machtgebers als auch des Machthabers (also nicht nur des Kaufmannes) die entsprechenden Aufträge als widerrufen zu betrachten seien.

5. "In der Regel ist sowohl der Machtgeber seinen Auftrag zu widerrufen, als der Bevollmächtigte die Ausführung des übernommenen Geschäfts dem Machtgeber aufzukündigen berechtigt"³⁶.

Dem Bevollmächtigten steht ein Schadenersatzanspruch zu, wenn der Auftrag vom Machtgeber grundlos vor vollendetem Geschäft widerrufen wird³⁷. Falls er selbst das Mandat aufkündigt, muss er es trotzdem weiterbesorgen, bis der Mandant entsprechende Vorkehrungen hat treffen können³⁸.

6. Besondere Instruktionen, die in der Vollmacht nicht erwähnt sind, haben keinen Einfluss auf die Gültigkeit von Rechtsgeschäften, die der Beauftragte aufgrund dieser Vollmacht abgeschlossen hat³⁹. Der Gewalthaber muss sich in diesem Falle an den Bevollmächtigten halten.
7. Eine Vollmacht kann mündlich oder schriftlich erteilt und ausdrücklich oder stillschweigend angenommen werden⁴⁰, doch ist eine mündlich erteilte Vollmacht angesichts der fehlenden Möglichkeit für den

33 L. R. I, 13 §§ 187 und 188.

34 L. R. I, 13 § 196.

35 a. a. O. 341 f.

36 L. R. I, 13 § 159.

37 L. R. I, 13 § 163.

38 L. R. I, 13 § 172.

39 L. R. I, 13 § 93.

40 L. R. I, 13 § 7.

Dritten, auf sie eine Klage gegen den Machtgeber abzustützen⁴¹, praktisch wertlos.

8. Nur der Machtgeber, nicht aber der Machthaber, muss handlungsfähig sein⁴².
9. Die Stellvertretung in unerlaubten Handlungen ist untersagt⁴³.
10. Der Bevollmächtigte wird vom nuntius klar geschieden: '... er (der Mandatar, Anm.) dient dem Vollmachtgeber nicht als ein mechanisches Werkzeug, sondern als frei handelndes Wesen mit seiner Intelligenz und Treue'⁴⁴.

Die preussische Regelung ist gegenüber derjenigen im bayrischen Landrecht in verschiedenen Punkten modifiziert, wie ein kurzer Vergleich zeigt. Der bedeutendste Fortschritt liegt wohl darin, dass, ausser bei der kaufmännischen Stellvertretung, der Vertreter überhaupt nicht mehr belangt werden kann, solange er als direkter Stellvertreter handelt. Zu einer klar herausgearbeiteten Konstruktion von Innen- und Aussenverhältnis ist das ALR nicht gelangt.

41 L. R. I, 13 § 8.

42 L. R. I, 13 § 30.

43 L. R. I, 13 § 20; I, 6 § 51: 'Bey dem, durch Ausrichtung unerlaubter Geschäfte entstandenen Schaden sind der Machtgeber und der Bevollmächtigte, Beyde für Einen und Einer für Beyde verhaftet'; Bielitz, a. a. O. Bd. I, 407 und 546.
Es wird hier also, wie im Codex Maximilianeus, bei Stellvertretung in unerlaubten Handlungen eine Solidarhaftung der Beteiligten angeordnet.

44 Dernburg, a. a. O. 453.

III. Der Code civil⁴⁵

Die Regelung der Stellvertretung erfolgt auch im C. c. im Rahmen des Mandats⁴⁶. Sie stimmt im grossen und ganzen mit derjenigen in den andern Naturrechtskodifikationen überein, doch ist sie sehr knapp gefasst und lässt einige Punkte ungeklärt.

Die Grundzüge der französischen Regelung

1. Durch die Bevollmächtigung räumt der Mandant dem Mandatar die Befugnis ein, in seinem Namen rechtsgeschäftlich⁴⁷ tätig zu werden⁴⁸. Es handelt sich dabei, wie auch in den anderen Naturrechtskodifikationen, um einen Vertrag, der zwischen den Beteiligten zustande kommt⁴⁹. Der Mandant ist damit an die vom Mandatar aufgrund der erteilten Vollmacht gegenüber Dritten eingegangenen Verpflichtungen gebunden⁵⁰. Dass der Mandant aus den Rechtsgeschäften seines Mandatars auch berechtigt wird, ist im Gesetz nicht ausdrücklich festgehalten, ergibt sich aber aus der Natur der Sache⁵¹. Der Dritte muss von der Vertreterstellung des Mandatars Kenntnis haben, da dieser (in der Regel) im Namen des Mandanten abzuschliessen hat.

45 vgl. dazu Bauer, Stellvertretung, 76 ff.; Everding, Stellvertretung, 35 ff.; Zachariä, Handbuch des französischen Civilrechts, 2. Bd., 416 ff.; Planiol, Traité élémentaire de droit civil, t. 2, 670 ff.; Thesmar, Die fünf französischen Gesetzbücher, 1. Bd., 299 ff.

46 Liv. III, tit. XIII "Du mandat".

47 Planiol, a. a. O. 670, No 2231.

48 art. 1984 al. 1: "Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom."

49 art. 1984 al. 2.

50 art. 1998 al. 1: "Le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné."

51 vgl. Zachariä, a. a. O. 423 f.

2. Aus einem aufgrund einer offenen Vollmacht mit einem Mandatar geschlossenen Vertrag kann der Dritte nur den Mandanten belangen⁵². Damit ist die Doppelhaftung von Gewaltgeber und Gewalthaber aus dem System der adjektizischen Klagen endgültig überwunden.
3. Ueberschreitet der Mandatar die Grenzen seiner Vollmacht (und damit auch seines Auftrages, denn Innen- und Aussenverhältnis werden dogmatisch noch nicht klar geschieden), so handelt er vollmachtlos. Der Mandant wird aus solchen Geschäften, vorbehaltlich einer etwaigen Ratihabition, nicht verpflichtet⁵³. Dem Dritten bleibt die Möglichkeit, sich an den Mandatar zu halten, falls dieser ihm vom Umfang seiner Vollmacht keine genügende Kenntnis gegeben hat oder die Gewährleistung für die Ratihabition durch den Mandanten übernimmt. Andernfalls trägt der Dritte selbst das Risiko⁵⁴.
4. Handelt der Mandatar in seinem eigenen Namen, aber im Auftrag des Mandanten, so wird er im Aussenverhältnis allein verpflichtet. Dem Mandanten stehen aber alle Rechte aus dem Mandatsverhältnis zu, sodass er den Vorteil aus dem Geschäft seines Vertreters für sich beanspruchen kann⁵⁵. Damit ist auch die indirekte Stellvertretung von der direkten geschieden.
5. Das Mandat endet durch den natürlichen oder bürgerlichen Tod, die Entmündigung und die Zahlungsunfähigkeit (und a fortiori durch den Konkurs) auf Seiten des Mandanten oder des Mandatars⁵⁶. Beim Tod des Mandanten hat der Mandatar die laufenden Geschäfte weiterzu-

52 ergibt sich e contrario aus art. 1998 al. 1.

53 art. 1998 al. 2: "Il n'est tenu de ce qui a pu être fait au-delà, qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement."

54 art. 1997: "Le mandataire qui a donné à la partie avec laquelle il contracte en cette qualité une suffisante connaissance de ses pouvoirs, n'est tenu d'aucune garantie pour ce qui a été fait au-delà, s'il ne s'y est personnellement soumis."

55 Planiol, a. a. O. 676 No 2253.

56 art. 2003 al. 3.

- besorgen, wenn Gefahr droht⁵⁷, ebenso des Mandatars Erben bei dessen Tod, wenn es die Interessen des Mandanten erfordern⁵⁸.
6. Das Mandat kann vom Mandanten jederzeit widerrufen werden⁵⁹. Ebenso kann es der Mandatar aufkündigen. Tut er es zur Unzeit, wird er u.U. schadenersatzpflichtig⁶⁰.
7. Das Mandat kann ausdrücklich oder stillschweigend erteilt und angenommen werden⁶¹. Eine mündlich erteilte Vollmacht ist aber, wie im ALR, praktisch wertlos, da bei wichtigen Geschäften (über 150 frs.) Schriftform zum Beweis erforderlich ist.
8. Der Mandant muss handlungsfähig sein, da die Rechte und Pflichten in seiner Person entstehen, nicht aber der Mandatar, der diese nur vermittelt⁶².

IV. Das ABGB⁶³

Das ABGB behandelt die Stellvertretung ebenfalls im Rahmen des Mandats im 2. Teil des 22. Hauptstücks "Von der Bevollmächtigung und anderen Arten der Geschäftsführung". Die Normen entsprechen im wesentlichen denjenigen in den anderen Naturrechtskodifikationen.

57 art. 1991 al. 2.

58 art. 2010.

59 art. 2003 al. 3.

60 art. 2007 al. 2.

61 art. 1985; Planiol, a.a.O. 673 No 2242.

62 art. 1990: "Les femmes et les mineurs émancipés peuvent être choisis pour mandataires; mais le mandant n'a d'action contre le mandataire mineur, que d'après les règles générales relatives aux obligations des mineurs; et contre la femme mariée, et qui a accepté le mandat sans autorisation de son mari, que d'après les règles établies au titre du Contrat de mariage et des droits respectifs des époux."

63 vgl. dazu Bauer, Stellvertretung, 79 ff.; Everding, Stellvertretung, 34 f.; Ellinger, Handbuch des allgemeinen österreichischen Civilrechts, 379 ff.; Zeiller, Commentar über das ABGB, 267 ff.

Grundzüge der österreichischen Regelung

1. Durch einen Vertrag, den der Gewalthaber aufgrund einer offenen Vollmacht mit einem Dritten schliesst, wird der Gewaltgeber unmittelbar berechtigt und verpflichtet⁶⁴. Der Dritte muss von der Vertreterstellung des Gewalthabers Kenntnis haben, da dieser im Namen des Gewaltgebers abschliesst⁶⁵.
2. Handelt der Gewalthaber innerhalb der Grenzen der ihm erteilten offenen Vollmacht, so wird er dem Dritten gegenüber weder berechtigt noch verpflichtet⁶⁶.
3. Ueberschreitet der Gewalthaber die Grenzen seiner Vollmacht, so treffen den Gewaltgeber keine Rechtswirkungen⁶⁷. Der Gewalthaber hingegen haftet für die Folgen⁶⁸, und zwar sowohl dem Machtgeber als auch dem Dritten⁶⁹.
4. Das Mandat fällt dahin beim Tod sowohl des Gewaltgebers als auch des Gewalthabers⁷⁰. Inbezug auf die laufenden Geschäfte gelten die

64 § 1017: "In so fern der Gewalthaber nach dem Inhalte der Vollmacht den Gewaltgeber vorstellt, kann er ihm Rechte erwerben und Verbindlichkeiten auferlegen ..."

65 § 1002: "Der Vertrag, wodurch jemand ein ihm aufgetragenes Geschäft im Namen des Andern zur Besorgung übernimmt, heisst Bevollmächtigungsvertrag."

66 § 1017: "... Hat er (der Gewalthaber, Anm.) innerhalb der Gränzen der offenen Vollmacht mit einem Dritten einen Vertrag geschlossen; so kommen die dadurch gegründeten Rechte und Verbindlichkeiten dem Gewaltgeber und dem Dritten; nicht aber dem Gewalthaber zu ..."

67 § 1016.

68 § 1017.

69 § 1295 resp. 1017. Kirchstetter, a.a.O. 493, Anm. 2: 'Er wird dann in Ansehung der mit Ueberschreitung der ihm übertragenen Befugnisse vorgenommenen Geschäfte als Geschäftsführer ohne Auftrag behandelt.'

70 § 1022. Zeiller, a.a.O. 305: 'Dem natürlichen Tode (§ 1022) ist auch der bürgerliche gleich zu achten, welcher durch die ... Kundmachung des Concurses eintritt.'

gleichen Regelungen wie im ALR und im C.c.⁷¹. Beim Konkurs von Machtgeber oder Machthaber endigt das Mandat⁷².

5. Der Machtgeber kann die Vollmacht "nach Belieben" widerrufen, doch begründet er dadurch eine Schadenersatzpflicht dem Machthaber gegenüber⁷³. Ebenso kann der Machthaber die Vollmacht aufkünden, doch wird er, wenn er dies zur Unzeit tut, ebenfalls schadenersatzpflichtig⁷⁴.
6. "... Die dem Gewalthaber erteilte geheime Vollmacht hat auf die Rechte des Dritten keinen Einfluss"⁷⁵.
7. Die Vollmacht kann ausdrücklich oder stillschweigend⁷⁶, mündlich oder schriftlich erteilt und angenommen werden⁷⁷.
8. Die Handlungsfähigkeit des Mandatars wird vom Gesetz ausdrücklich nicht verlangt⁷⁸.
9. In den §§ 1027 ff. regelt das ABGB die kaufmännische Stellvertretung, wobei die Fälle der Geschäftsführung, die früher die adjektivischen Klagen begründeten, aufgezählt werden. Es wird dazu festgestellt, dass die allgemeinen Vorschriften auch auf diese Fälle der Stellvertretung Anwendung finden.

71 § 1022 und 1025.

72 § 1024: "Verfällt der Machtgeber in Concurs; so sind alle Handlungen, die der Gewalthaber nach Kundmachung des Concurses noch im Namen des Concurs=Schuldners unternommen hat, ohne Rechtskraft. Ebenso erklärt die Verhängung des Concurses über das Vermögen des Machthabers schon an und für sich die erteilte Vollmacht für aufgehoben."

73 § 1020.

74 § 1021.

75 § 1017.

76 §§ 1027 ff. für die kaufmännische Stellvertretung.

77 § 1005.

78 § 1018. Zeiller, a.a.O. 297 ff. und 16 ff. weist auf die Einschränkungen aus § 865 (Geschäfte Handlungsunfähiger) hin, Kirchstetter, a.a.O. 494 Anm. 2, darauf, dass sich ein Handlungsunfähiger gar nicht rechtskräftig zur Uebernahme eines Mandats verpflichten kann.

5. Abschnitt

DIE STELLVERTRETUNGSTHEORIEN IM 19. JAHRHUNDERT

I. Die Zessionstheorie¹

Das Naturrecht mit seiner Infragestellung des römischen Rechts, das in den drei grossen Kodifikationen der Jahrhundertwende seinen Höhepunkt fand, wurde im deutschen Raum durch die historische Schule abgelöst, die sich wiederum einer streng wissenschaftlichen Behandlung des römischen Rechts zuwandte². Dies hatte zur Folge, dass man auch in bezug auf die direkte Stellvertretung zunächst einmal das herrschende Gewohnheitsrecht und die Normen der Naturrechtskodifikationen beiseite schob und auf das justinianische Prinzip von der prinzipiellen Unzulässigkeit der direkten Stellvertretung zurückgriff. Diese Ablehnung der unmittelbaren Drittberechtigung und -verpflichtung wurde hauptsächlich von Mühlenbruch³, Puchta⁴ und Vangerow⁵ vertreten. Puchta⁶ begründete sie wie folgt: "Dass der Vertragschliessende nicht Subject der contrahierten Obligatio werde, sondern unmittelbar durch ihn ein Anderer, ist gegen das Wesen dieses Rechtsverhältnisses, bey welchem die Subjecte so wesentlich zum Inhalt gehören, dass eine Veränderung derselben die Obligatio selbst zu einer andern macht. Der Grundsatz, dass die Obligatio in dem Handelnden selbst ihren Anfang nehmen muss, ... ist (keine) Sin-

1 vgl. dazu Bauer, Stellvertretung, 91 ff.; Everding, Stellvertretung, 38 ff.; Mühlenbruch, Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte; Mühlenbruch, Pandekten; Puchta, Pandekten I, 1. und 4. Auflage; v. Vangerow, Pandekten I, 6. Auflage; Mitteis, Stellvertretung, 84 ff.

2 vgl. dazu Wesenberg, Privatrechtsgeschichte 139 ff.

3 Pandekten §§ 130 und 131.

4 Pandekten § 52 S. 76: "Aber noch im neusten Recht ist die Contrahierung von Obligationen durch die Handlung freier Repräsentanten als eine direkte und unmittelbare (ohne dass die Obligation durch die Person des Repräsentanten hindurchginge) ausgeschlossen."

5 Pandekten § 608.

6 Pandekten § 273 S. 396.

gularität des römischen Rechts, sondern in dem Wesen der Obligation selbst gegründet. Eine Obligatio aus dem Vertrag eines Andern wäre keine obligatio ex contractu, denn die, zwischen denen sie existirte, hätten den Vertrag nicht geschlossen, und die den Vertrag geschlossen, wären nicht die Subjecte der Obligation."

Puchta⁷ unterschied sowohl beim Rechtserwerb als auch bei Verpflichtungsgeschäften zwischen "nothwendiger" und "freier Repräsentation". Ein blosser nuntius galt niemals als Repräsentant, da er nur Träger fremder Willenserklärungen war⁸. Die notwendige Repräsentation beim Erwerb von Forderungen umfasste vor allem die Vertretung des pater familias durch seinen filius, der für ihn erwarb. Bei Verpflichtungsgeschäften lagen ihr diejenigen Rechtsverhältnisse zwischen Gwalthaber und Gewaltunterworfenen zugrunde, die gegen den Gwalthaber die adjektizischen Klagen begründeten. Der Rechtserwerb durch freie Repräsentanten erfolgte im Rahmen des Mandats. Nach dem oben Gesagten erwarb der Mandatar (rsp. procurator) zunächst für sich selbst. Aufgrund des Mandats ging aber die Forderung "durch eine wirkliche oder fingierte Cession"⁹ auf den Mandanten (bzw. dominus) über. Freie Repräsentanten bei Verpflichtungsgeschäften konnten sein der institor, der magister navis und der procurator. Der Prinzipal haftete dann jeweils neben seinem Vertreter mit der entsprechenden adjektizischen Klage. Neu gegenüber dem römischen Recht war die Möglichkeit, als Vertreter im Namen des Vertretenen Rechtsgeschäfte abzuschliessen zu können¹⁰.

Aus der Konstruktion, dass der Vertretene als Alleinhandelnder betrachtet wurde, ergab sich auch die Beurteilung des gesamten Rechtsverhält-

7 Pandekten §§ 274-279.

8 ders., a. a. O. § 273.

9 ders., a. a. O. § 275 S. 398; ebenso Mühlenbruch in Glücks Pandekten Band 38, § 1425 ff.; daher auch der Begriff "Zessionstheorie".

10 Mühlenbruch, Pandekten § 131 S. 238.

nisses aus dessen Person¹¹. Die Härte des Verbots, eine Obligation materiell zu übertragen, wurde durch die Möglichkeit der Bestellung eines procurator in rem suam, wie schon im römischen Recht, gemildert, der die Ausübung der Obligation für den Berechtigten oder Verpflichteten übernehmen konnte¹².

Diese Theorie fand mit der Zeit keine neuen Anhänger mehr, da sie in vielen Punkten zu unbefriedigenden Ergebnissen führte¹³.

II. Die Geschäftsherrentheorie Savignys¹⁴

Im Gegensatz zu den Anhängern der Zessionstheorie anerkannte Savigny mit seiner Geschäftsherrentheorie die direkte Stellvertretung, die eine unmittelbare Drittberechtigung und -verpflichtung des Vertretenen beinhaltete. Dabei unterschied er bereits zwischen gesetzlicher (bei fehlender Handlungsfähigkeit) und gewillkürter Stellvertretung¹⁵. Er war auch der erste, der die Stellvertretung nicht mehr im Rahmen des Mandats und ähnlicher Verträge behandelte, sondern sie als eigenes Rechtsinstitut unter den allgemeinen Lehren aufführte¹⁶.

Die Zulässigkeit der direkten Stellvertretung leitete er aus der berühmten Digestenstelle D. 41, 1, 53 her, wo die Stellvertretung im Besitzer-

11 vgl. dazu Everding, a. a. O. 47 f. und Mitteis, Stellvertretung 86 ff., der auf die Schwierigkeiten, die sich daraus ergeben, hinweist.

12 Puchta, Pandekten § 280.

13 dazu Everding, a. a. O. 46 ff. und Mitteis, a. a. O. 88.

14 vgl. dazu Mitteis, Stellvertretung, 89 ff.; Bauer, Stellvertretung, 97 ff.; Everding, Stellvertretung, 51 ff.; von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, 3. Band § 113; Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts, 2. Band, §§ 57 und 58.

15 Savigny, System 98.

16 Mitteis, a. a. O. 80.

werb anerkannt wird¹⁷. Eine weitere Untermauerung seiner Theorie fand er darin, dass er den Stellvertreter mit dem nuntius gleichstellte¹⁸. Beide hatten nach ihm nur den Willen des dominus kund zu tun, wobei der Bote den präzisen Willen des Herrn überbrachte, dem Stellvertreter hingegen eine Wahlmöglichkeit zwischen verschiedenen möglichen Entschlüssen offen stand: "Denn mein auf mannigfaltige Entschlüsse gerichteter Wille, zwischen welchen der Stellvertreter die Wahl haben soll, ist ja noch immer mein Wille, und der Stellvertreter selbst erscheint in allen diesen Fällen der andern Partei gegenüber als der blosser Träger meines Willens"¹⁹. Danach entstand der Vertrag von Anfang an zwischen dem Geschäftsherrn, der als der eigentliche Kontrahent betrachtet wurde, und dem Dritten, während der Stellvertreter als blosses Werkzeug am Vertragsverhältnis zu keiner Zeit beteiligt war²⁰.

Demgemäss wurde das gesamte Rechtsverhältnis aus der Person des Vertretenen, nicht des Vertreters, beurteilt²¹. Savignys Theorie fand viele Anhänger, darunter Ruhstrat, Dernburg, Thöl und Hellmann, doch lehnten fast alle die These, die direkte Stellvertretung sei schon bei den Römern zugelassen worden, ab²².

17 "Ea quae civiliter adquiruntur per eos, qui in potestate nostra sunt, adquirimus, veluti stipulationem: quod naturaliter acquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere adquirimus."

18 Savigny, Obligationenrecht II, § 57 S. 57.

19 ders., a. a. O. S. 58.

20 Everding, a. a. O. 53.

21 Kritik dazu und den Ergebnissen der Geschäftsherrentheorie überhaupt zusammengetragen in Mitteis, a. a. O. 91 ff. und Everding, a. a. O. 61 ff.

22 Bauer, a. a. O. 99.

III. Die Repräsentationstheorien

A. Die Fiktionstheorie²³

Nach der Fiktionstheorie wurde, wie auch schon nach der Geschäftsherrentheorie, die direkte Wirkung der Stellvertretung anerkannt. Im Gegensatz zu Savigny und dessen Schülern, die von einem massgeblichen Handeln des Prinzipals ausgingen, vertraten die Anhänger der Fiktionstheorie die Meinung, dass es allein der Vertreter sei, der handle.

Unger²⁴ betrachtete die Handlung des Vertreters vermittels einer Fiktion als juristische Handlung des Vertretenen. So beurteilte er auch, im Ergebnis der Geschäftsherrentheorie gleich, das gesamte Rechtsverhältnis aus der Person des Vertretenen²⁵.

Buchka²⁶, Wächter²⁷, Laband²⁸ u. a. vertraten demgegenüber die Ansicht, dass die Entstehung des Rechtsgeschäftes aus der Person des Ver-

23 Bauer, Stellvertretung, 115 ff.; Everding, Stellvertretung, 65 ff.; Mitteis, Stellvertretung, 97 ff.; Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 2. Bd. § 90 S. 133 ff.; Buchka, Stellvertretung, 206 ff.; Wächter, Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts, 2. Bd. § 88 S. 675 ff.; Laband, Die Stellvertretung bei dem Abschluss von Rechtsgeschäften in Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 10, 183 ff.

24 a. a. O. 136 v. a. Anm. 28 und 29. Bauer, a. a. O. 116, Anm. 9 bestreitet die von Everding, a. a. O. 65 f. angeführte Sondermeinung Ungers, doch spricht der Wortlaut 'Daher wird die Fähigkeit, in dem durch den Stellvertreter gegründeten Rechtsverhältnis zu stehen, aus der Person des Repräsentierten beurteilt.' und 'die Handlung des Einen gilt als die Handlung des Andern.' für Everdings These.

25 siehe Fussnote 24.

26 a. a. O. 206: "Das eigenthümliche Wesen der Repräsentation des Prinzipals durch den Procurator besteht nach dem so eben Bemerkten darin, dass die Wirkungen des Vertrages vermöge rechtlicher Fiction auf den ersteren bezogen werden, obgleich die Handlung, durch welche der Vertrag zu Stande gebracht wird, eine für ihn fremde ist."

27 a. a. O.

28 a. a. O.

tretern zu beurteilen sei, die Wirkungen desselben aber in der Person des Vertretenen einträten. Die Fiktion erstreckte sich nach ihnen nicht mehr auf den Abschluss, sondern nur noch auf die Wirkungen des Rechtsgeschäfts.

Laband²⁹ unterschied in diesem Zusammenhang, gestützt auf die kaufmännischen Stellvertretung im HGB, zum ersten Mal klar zwischen der das Aussenverhältnis bestimmenden Vollmacht und dem das Innenverhältnis betreffenden Auftrag, wobei das Grundverhältnis auch anderer Art sein konnte (z. B. Dienstvertrag u. dgl.). Bis anhin glaubte man die Vollmacht jeweils im zugrunde liegenden Rechtsgeschäft enthalten oder verwendete gar "Auftrag", "Vollmacht" u. dgl. als Synonyme³⁰. Diese Neuerung wurde in der Folge von den meisten Autoren übernommen. Dagegen sprachen sich lediglich die Vertreter der Geschäftsherrentheorie aus³¹.

B. Die Separationstheorie³²

Obwohl die Fiktionstheorie sehr brauchbare Ergebnisse lieferte, konnte man sich wegen der Verwendung einer Fiktion nicht allgemein mit ihr befreunden. So versuchte man, auf andern Wegen zu denselben Ergebnissen zu gelangen³³.

29 a. a. O.

30 Everding, a. a. O. 67.

31 ders., a. a. O. 68.

32 Bauer, Stellvertretung, 118 ff.; Everding, Stellvertretung, 71 ff.; Mitteis, Stellvertretung, 97 ff., der zwischen der Fiktions- und der Separationstheorie nicht weiter unterscheidet; Zimmermann, Die Lehre von der stellvertretenden Negotiorum Gestio, 41 ff., der die Fiktionstheorie Buchkas (a. a. O. 206 und 236) als andern Ausdruck für die Separationstheorie ansieht; Wendt, Pandekten, §§ 47 und 48; Regelsberger, Pandekten § 159.

33 Everding, a. a. O. 71; dort zit. u. a. Karlowa, Das Rechtsgeschäft und seine Wirkungen 54 ff.

Brinz³⁴ eliminierte als erster die Fiktion, vermöge welcher der Prinzipal als Kontrahent anzusehen sein, indem er ausführte: "Wir vermeiden festhalten zu müssen, dass die Handlung etwas Unveräusserliches ist, sie kann immer nur die des Handelnden selbst sein. Der Stellvertreter ist selbst ... Contrahent ... Anders verhält es sich mit den Wirkungen der Handlung: der Stellvertreter kann durch seine eigenen Handlungen einen Dritten zum Gläubiger und Schuldner machen." Jhering³⁵ prägte die in der Pandektistik klassisch gewordene Formulierung: "Die wahre, ächte Stellvertretung beruht auf einer Trennung der Ursache und Wirkung beim Rechtsgeschäft; die Ursache: die Handlung fällt auf die Person des Stellvertreters, die Wirkung: das Recht auf die des Repräsentierten, sie schliesst also eine künstliche Spaltung dessen in sich, was bei der natürlichen Gestalt des Rechtsverhältnisses eins ist."

IV. Zur Bedeutung der einzelnen Theorien

Zur Zessionstheorie ist einmal zu bemerken, dass ihre Negierung der direkten Stellvertretung den Normen der Kodifikationen, die einen grossen Teil des deutschen Raumes erfassten, entgegenstand³⁶, ebenso dem deutschen Gewohnheitsrecht³⁷. So konnte sie sich nicht durchsetzen, dies umsomehr, als die Beurteilung des gesamten Rechtsverhältnisses aus der Person des Vertreters zu Unbilligkeiten führen konnte³⁸.

Die Herleitung der Geschäftsherrentheorie und, damit verbunden, die Gleichstellung von nuntius und Stellvertreter schon für das justinianische Recht, stiess auf Ablehnung³⁹. Weiter vermochten auch die prakti-

34 Kritische Blätter civilistischen Inhalts Bd. 2, S. 41.

35 Geist des römischen Rechts, Bd. III 1, § 53 S. 173.

36 vorn S. 21

37 u. a. Gierke, Deutsches Privatrecht, 3. Bd. 383 ff.

38 Everding, a. a. O. 47 f.

39 vorn S. 36; vgl. v. a. Mitteis, Stellvertretung 90 ff.

schen Ergebnisse nicht zu befriedigen, da nach ihr z.B. Willensmängel aus der Person des Vertretenen beurteilt wurden, der am tatsächlichen Vertragsabschluss ja gar nicht mitgewirkt hatte. Auch die Vertretung ohne Vollmacht konnte nach dieser Theorie nicht ohne weiteres erklärt werden⁴⁰ - Bauer⁴¹ bezeichnet, m.E. zu Recht, als angreifbarsten Punkt der ganzen Lehre die Auffassung über den Rechtsgeschäftswillen des Prinzipals, der in der Vollmacht bereits enthalten sein sollte. Trotz ihrer Schwächen fand diese Theorie bis ins letzte Viertel des 19. Jahrhunderts neue Anhänger⁴².

Durch die Repräsentationstheorie wurden im wesentlichen die Normen der Naturrechtskodifikationen dogmatisch untermauert. Die Trennung von Ursache und Wirkung zog auch eine getrennte Beurteilung des Rechtsverhältnisses nach sich. Die Entstehung des Rechtsverhältnisses (d.h. Wille und Willenserklärung) wurde aus der Person des Vertreters beurteilt, die Wirkungen (Rechte und Pflichten) aus derjenigen des Vertretenen⁴³. Das Handeln ohne Vollmacht zog eine Haftung des Vertreters aus dem deutschrechtlichen Prinzip der Schadensverursachung nach sich⁴⁴. Für die Fortbildung des Rechts war die Repräsentationstheorie von größter Bedeutung.

40 vgl. dazu Everding, a. a. O. 61 ff.

41 a. a. O. 109 f.

42 u. a. Hellmann, Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften, München 1882.

43 vgl. dazu Everding, a. a. O. 76.

44 Regelsberger, Pandekten § 164 S. 600.

6. Abschnitt

DIE BEHANDLUNG DER STELLVERTRETUNG IM SÄECHSISCHEN GESETZBUCH, IM HGB UND IM BGB

I. Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen¹

Das sächsische BGB brachte, verglichen mit den grossen Kodifikationen des Naturrechts, keine wesentlichen Aenderungen. Hervorzuheben ist nur, dass die Stellvertretung als eigenes Rechtsinstitut dargestellt wurde, wobei man sich aber von der Konstruktion mit Mandat und Vollmacht nicht ganz befreien konnte.

Die Grundzüge der sächsischen Regelung

1. Willenserklärungen des Stellvertreters werden als solche des Vertretenen betrachtet. Deshalb treffen die Wirkungen aus einem von einem Stellvertreter abgeschlossenen Vertrag nur den Vertretenen². Pöschmann³ betont, dass das Forderungsrecht dabei weder formell noch materiell durch das Vermögen des Stellvertreters hindurchgehe.
2. Ueberschreitet der Vertreter die Vollmacht, so haftet er dem Dritten nach dessen Wahl auf das positive oder negative Vertragsinteresse⁴.
3. Inbezug auf die Beendigung des Mandats, etwaige geheime Instruktionen etc. gelten dieselben Normen wie in den Naturrechtskodifikationen. Obwohl die Begriffe Mandat und Vollmacht nicht mehr als

1 vgl. dazu Bauer, Stellvertretung, 83 ff.; Pöschmann, Commentar, 2. Bd. 89 ff.; Grützmann, Lehrbuch des Königlich Sächsischen Privatrechts, 1. Bd. 96 ff. und 2. Bd. 126 ff.

2 sächs. BGB § 788.

3 a. a. O. 89.

4 sächs. BGB § 789.

Synonyme behandelt werden, findet eine klare, dogmatisch saubere Trennung noch nicht statt.

II. Das HGB⁶

Im HGB, das in der Zeit verfasst wurde, als die verschiedenen Stellvertretungstheorien am heftigsten aufeinanderprallten, wollte man nicht einer bestimmten Theorie den Vorzug geben, umsomehr, als man auch nicht die verschiedenartige Regelung der Stellvertretung in den Ländern tangieren konnte. Dennoch wurde mit der Ablehnung der Geschäftsherrentheorie⁷ und der Zessionstheorie⁸ die Repräsentationstheorie als brauchbarste Lösung anerkannt.

Die Grundzüge der Regelung im HGB

1. Die unmittelbare Drittberechtigung und -verpflichtung durch den Prokuristen und den Handlungsbevollmächtigten wurde anerkannt⁹,
2. ebenso der Wegfall der Haftung des Vertreters¹⁰.
3. Ueberschritt der Vertreter seine Vollmacht oder handelte er ohne solche, so haftete er auf das positive oder negative Vertragsinteresse¹¹.

5 Grützmann, a. a. O. 2. Bd.

6 vgl. Bauer, Stellvertretung, 113 ff.; Bornemann u. a., Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch mit Erläuterungen, 51 ff.

7 Bauer, a. a. O. 113 und 114.

8 siehe Fussnote 7.

9 Art. 52 Abs. 1 HGB: "Durch das Rechtsgeschäft, welches ein Prokurist oder ein Handlungsbevollmächtigter gemäss der Prokura oder der Vollmacht im Namen des Prinzipals schliesst, wird der Letztere dem Dritten gegenüber berechtigt und verpflichtet."

10 Art. 52 Abs. 3 HGB.

11 Art. 55 HGB.

4. Der Tod des Vertretenen hatte das Erlöschen der Vollmacht nicht zur Folge¹².
5. Ein Widerruf der Vollmacht war jederzeit möglich¹³. Die übrigen Aufhebungsgründe entsprachen jenen im gemeinen Recht¹⁴.
6. Der Umfang der Vollmacht war beim Prokuristen gesetzlich festgelegt und schloss Abänderungen im Aussenverhältnis aus¹⁵.
7. Die Prokura konnte formfrei erteilt werden¹⁶. Der Eintrag ins Handelsregister war eine Ordnungsvorschrift und nicht etwa ein Gültigkeitserfordernis.

III. Das BGB¹⁷

Der Grundsatz der Zulässigkeit der direkten Stellvertretung und der sich daraus ergebenden Möglichkeit einer unmittelbaren Drittberechtigung und -verpflichtung war während der Entstehungszeit des BGB nicht mehr bestritten, die Zessionstheorie also glücklich überwunden. Damit war aber der Theorienstreit noch nicht zu Ende; schliesslich gelang es den Anhängern der Separationstheorie, ihre Vorstellungen ins Gesetz eingehen zu lassen. Mit insgesamt achtzehn Artikeln ist die Regelung des BGB relativ ausführlich geraten.

12 Art. 54 Abs. 2 HGB.

13 Art. 54 Abs. 1 HGB.

14 Art. 42 HGB: "Die Prokura ermächtigt zu allen Arten von gerichtlichen und aussergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen, welche der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt; sie ersetzt jede nach den Landesgesetzen erforderliche Spezialvollmacht; sie berechtigt zur Anstellung und Entlassung von Handelsgehilfen und Bevollmächtigten.

Zur Veräusserung und Belastung von Grundstücken ist der Prokurist nur ermächtigt, wenn ihm die Befugnis besonders ertheilt ist."

15 siehe Fussnote 14.

16 Bornemann, a. a. O. 52 f. Anm. zu Art. 41 HGB.

17 Everding, a. a. O. 86 ff.

Die Grundzüge der Regelung im BGB

1. Die unmittelbare Drittberechtigung resp. -verpflichtung eines Vertretenen durch die Willenserklärung seines Vertreters wird anerkannt¹⁸. Eine Verpflichtung des Stellvertreters erfolgt dabei nicht (ausser er überschreite die Grenzen seiner Vollmacht).
2. Die Wirkungen des von einem Stellvertreter abgeschlossenen Vertrages treten ausschliesslich beim Vertretenen ein; dagegen wird das Zustandekommen des Vertrages (so vor allem die Mängel beim Vertragsabschluss) aus der Person des Vertreters beurteilt¹⁹. Ein geschäftsunfähiger Vertreter, der im Besitz der entsprechenden Vollmachten ist, kann trotzdem rechtlich verbindlich kontrahieren (nicht für sich selbst, wohl aber für andere)²⁰.
3. Die Vollmacht erlischt in der Regel mit dem ihr zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis²¹. Diese enge Verknüpfung kann aber vom Vollmachtgeber jederzeit durch Widerruf der Vollmacht gelöst werden.
4. Beim Vertragsabschluss durch einen nicht bevollmächtigten Vertreter bleibt das Geschäft in der Schwebe bis zu einer allfälligen Genehmigung seitens des 'Vertretenen', die aber innerhalb von zwei Wochen erfolgen muss²². Diese Genehmigung ist auch für Geschäfte erforderlich, die der an sich bevollmächtigte Vertreter über die Grenzen seiner Vertretungsmacht hinaus eingegangen ist. Wird sie verweigert, so kann der mit dem vollmachtlosen Vertreter kontrahierende Dritte von diesem entweder Erfüllung oder Schadenersatz verlangen²³.
5. Ein Selbstkontrahieren des Vertreters ist untersagt²⁴.

18 § 164 Abs. 1 BGB.

19 § 166 Abs. 1 BGB.

20 § 165 BGB.

21 § 168 BGB.

22 § 177 BGB.

23 § 179 BGB.

24 § 181 BGB.

6. Der Auftrag wird als besonderes Schuldverhältnis in jeder Hinsicht von der Stellvertretung getrennt²⁵.

25 §§ 662 ff. BGB.

7. Abschnitt

ZUSAMMENFASSUNG

Das römische Recht war seiner ganzen Natur nach stellvertretungsfeindlich. Im Privatrecht war, im Gegensatz zum Prozessrecht, eine unmittelbare Drittberechtigung und -verpflichtung ausgeschlossen. Auswege aus dieser angesichts der den ganzen Mittelmeerraum umspannenden Wirtschaftsbeziehungen Roms unhaltbaren Situation fanden die römischen Juristen in den verschiedenen Ersatzformen für die Stellvertretung, so vor allem im Handeln durch abhängige Organe. Im weströmischen Vulgarrecht liess man, da die Gewaltunterworfenheit als Basis für Vertretungsverhältnisse stark zurückging, die gewillkürte Stellvertretung in einem immer ausgedehnteren Masse zu. Das Corpus iuris ging wieder auf das Prinzip der Nichtanerkennung der Stellvertretung ("alteri nemo stipulari potest") zurück.

Die Glossatoren und Kommentatoren hielten am Verbot der direkten Stellvertretung fest, schufen aber durch ihre Auslegungen derart viele Umgehungsmöglichkeiten, dass dem Verbot viel von seiner Wirksamkeit genommen wurde.

Die niederländischen Juristen negierten das "alteri nemo stipulari potest"-Prinzip vollständig, indem sie sich auf ein entgegenstehendes Gewohnheitsrecht beriefen, das dem justinianischen Satz derogiere. Die Juristen des Usus Modernus dagegen hielten am Verbot fest, höhlten es aber durch immer weitere Ausnahmen nach und nach aus.

Im Naturrecht und vor allem in den Naturrechtskodifikationen wurde die Möglichkeit der unmittelbaren Drittberechtigung und -verpflichtung im Rahmen des Mandats zugelassen. Die Begriffe 'Auftrag' und 'Vollmacht' wurden noch nicht durchwegs auseinandergehalten, eine Trennung zwischen Innen- und Aussenverhältnis war kaum im Ansatz festzustellen.

Im deutschen Raum war die Frage nach der Zulässigkeit der direkten Stellvertretung und ihrer rechtlichen Konstruktion eines der grossen

Rechtsprobleme des 19. Jahrhunderts. Die Anhänger der sog. 'Zessions-theorie' lehnten die unmittelbare Drittverpflichtung kategorisch ab und forderten eine Zession für den Uebergang der Forderung vom Vertreter auf den Vertretenen. Sie beriefen sich dabei auf den Wortlaut der justinianischen Quellen. Savigny anerkannte mit seiner Geschäftsherrentheorie die direkte Stellvertretung beim Abschluss von Rechtsgeschäften, doch seine Herleitung aus der Stellvertretung beim Besitzerwerb und die Gleichstellung des Stellvertreters mit dem Boten fand nicht allgemeine Zustimmung. Die Verfechter der sog. 'Repräsentationstheorien' hielten, wie Savigny, an der Zulässigkeit der direkten Stellvertretung fest. Nur erfolgte die rechtliche Konstruktion auf andere Art und Weise. Nach der Fiktionstheorie traten die Wirkungen des Vertragschlusses durch einen Stellvertreter vermittels einer Fiktion im Vertretenen ein. Bei der Separationstheorie, die gleiche Ergebnisse zeitigte, verzichtete man sogar auf die Fiktion.

Im sächsischen BGB ist die Stellvertretung als eigenes Rechtsinstitut angeführt. Gegenüber den Naturrechtskodifikationen brachte es aber keine wesentlichen Fortschritte. Noch immer waren den Regeln über die Stellvertretung diejenigen über den Auftrag innerlich zugrunde gelegt. Das BGB schlussendlich schloss sich den Anhängern der Separationstheorie an und regelte die Stellvertretung in diesem Sinne ausführlich.

2. Kapitel

DIE REGELUNG DER STELLVERTRETUNG IN DEN GESETZEN DER BERNER GRUPPE

1. Abschnitt

DIE REGELUNG DER VERTRETUNG IM KANTON BERN

I. Gesetzgebungsgeschichte¹

Bern war zu allen Zeiten seiner Rechtsgeschichte fest im deutschrechtlichen Kreis verwurzelt; es lässt sich über all die Jahrhunderte von der Stadtgründung bis zum Untergang der alten Eidgenossenschaft (und auch nachher) nur ein sehr geringer Einfluss des römischen und des kanonischen Rechts nachweisen.

Bern gelangte erst 1539, vergleichsweise später als ähnliche Städte, zu einer Stadtrechtsreformation, einer einigermaßen umfassenden Gerichtssatzung. Sie wurde vom damaligen Stadtschreiber Hans von Rütli in Anlehnung an Zasius' Stadtrecht von Freiburg im Breisgau verfasst, dessen Systematik er übernahm. Diese erste Gerichtssatzung wurde nicht gedruckt. Der sich daraus ergebenden Rechtsunsicherheit half das Stadtberner Regiment mit dem Druck der Gerichtssatzung von 1614 ab. Sie wurde von David Fellenberg revidiert und lehnte sich sowohl in der Systematik als auch im Inhalt stärker ans gemeine Recht an als ihre Vorgängerin. Auf der Landschaft galt sie mit der Zeit als subsidiäres Recht.

¹ Herrman Rennefahrt, Grundzüge der bernischen Rechtsgeschichte, 4 Bände, Bern 1928-1936.
Elsener, Rechtsschulen, 277 ff.
Huber, Privatrecht IV, 132 ff., 190 ff.
Mutzner, Privatrecht, 101 ff.
Urs Thomas Roth, Samuel Ludwig Schnell und das Civilgesetzbuch für den Canton Bern, Diss. Bern 1948.

Die dritte Berner Gerichtssatzung schuf, ganz auf die Bewahrung des einheimischen Rechtsstoffes ausgerichtet, Professor Sigmund Ludwig Lerber. Sie war, wie schon aus ihrem Titel, 'Erneuerte Gerichtssatzung vor die Stadt Bern und Derselben Teutsche Städte und Landschaften', entnommen werden konnte, ausdrücklich subsidiär im ganzen deutschsprachigen Herrschaftsbereich Berns gültig.

Ernste gesetzgeberische Probleme entstanden für Bern nach der Annexion weiter Teile des ehemaligen Fürstbistums Basel, die der Wiener Kongress, als Entschädigung für den Verlust der Waadt und des Aargaus, der Republik Bern überliess. Diese Gebiete waren zwischenzeitlich dem französischen Kaiserreich einverleibt gewesen und hatten dabei mit den Wohltaten einer modernen Gesetzgebung, des Code Napoléon, Bekanntschaft gemacht. Nun gedachte das patrizische Berner Regiment im Verein mit den jurassischen Aristokraten die französischen Gesetze wieder aufzuheben; an ihre Stelle sollten die Us et Coutumes du Pays sowie subsidiär die Gerichtssatzung von 1761 mit ihren seitherigen Revisionen treten. Die Kommission, die die alten Us et Coutumes zusammenstellen sollte, die sog. Leberbergische Gesetzgebungskommission, erkannte aber bald einmal, dass es ein einheitliches Gewohnheitsrecht im alten Fürstbistum gar nie gegeben hatte und dass sich die Kenntnis vom einheimischen Recht während des Dezenniums der französischen Herrschaft weitgehend verloren hatte.

Im Vergleich zur modernen französischen Kodifikation erschienen den Mitgliedern der Leberbergischen Kommission die altbernischen Gesetze derart unvollständig, dass sie der Regierung beantragten, eine Gesamtrevision aller bernischen Gesetze vorzunehmen. Auf Anregung von Schnell, der, statt gemäss seinem Auftrag, Entwürfe für die Revision der bernischen Prozessgesetze auszuarbeiten, ein Gutachten über die Mängel der gegenwärtigen Gesetzgebung erstellte, schlug die Leberbergische Kommission dem Grossen Rat eine Gesamtrevision der bernischen Gesetzgebung vor. Dieser nahm den Vorschlag auf und beauftragte den Kleinen Rat, die entsprechenden Arbeiten auf der Grundlage des einheimischen

Rechts in die Wege zu leiten. Der Kleine Rat bestellte eine Gesetzgebungskommission unter der Führung von Samuel Ludwig Schnell. Diese arbeitete zunächst ein Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Civil-Rechtssachen aus, das am 1. April 1823 in Kraft gesetzt wurde. Das Civilgesetzbuch folgte einige Jahre später: Es trat gestaffelt in Kraft; der erste Teil am 1. April 1831. So war Bern der erste deutschschweizerische Kanton mit einer modernen Zivilrechtskodifikation.

Inhaltlich war das bernische CGB eine Synthese zwischen der Gerichtssatzung von 1761, dem altbernischen Eherecht und dem österreichischen ABGB. Während das Obligationenrecht grösstenteils der österreichischen Kodifikation entnommen ist, besteht das Familien- und das Erbrecht zu einem schönen Teil aus altbernischem Rechtsgut. Dies alles war auch ganz im Sinne des damals herrschenden Patriziats, das auf die Bewahrung der positiven Werte des altbernischen Staates bedacht war. Immerhin ist es erstaunlich, dass das Berner Regiment die Ausarbeitung der wichtigsten Gesetze während der Restauration einem politisch Andersdenkenden übertragen hat, auch wenn an dessen Loyalität zum Staat nicht gezweifelt werden durfte. Bern ist auch der einzige Staat, der in einer derart auf das Althergebrachte ausgerichteten Periode wie der Restauration ein derart zukunftsweisendes Gesetz geschaffen hat.

II. Die Regelung der Vertretung vor Erlass der Schnellschen Gesetzbücher

A. Die Vertretung im Prozess

1. Von den Anfängen bis zum Ende des 17. Jh.

Im alten bernischen Prozess² verfochten die Parteien, wie überall im deutschen Rechtskreis, ihre Sache nicht selbst, sondern durch einen

² Rennefahrt III, 351; Anita Dübi, Die Geschichte der bernischen Anwaltschaft, Diss. Bern 1952, 16 ff. und 32 ff.

Fürsprecher. Diese Fürsprecher waren nicht Parteivertreter im heutigen Sinn, sondern Angehörige, Richter des betreffenden Gerichts, die die Sache ihrer Parteien nach objektiven Gesichtspunkten zu führen hatten³. "Von der Stellung eines modernen Rechtsbeistandes unterschied ihn (den Fürsprecher) auch jetzt noch in grundlegender Weise seine Eigenschaft als Urteilssprecher, kraft welcher er nach getanem Parteivortrag in den Kreis der Richter zurücktreten und an der Urteilsfindung teilnehmen musste"⁴.

Zwischen ihm und der von ihm vertretenen Partei entstand also kein Vertragsverhältnis entsprechend dem späteren Bevollmächtigungsvertrag, aber auch keine der heutigen Stellvertretung angenäherte einseitige Ermächtigung; seine Stellung ist noch am ehesten mit derjenigen eines Referenten zu vergleichen.

Im Verlaufe des 16. Jahrhunderts versuchten immer mehr von auswärts kommende "Beystendern", Beiständer, aussergerichtliche Berufsanwälte, neben dem Fürsprechertum Platz zu greifen und sich vor den Gerichten Gehör zu verschaffen. Sie verstanden sich, im Gegensatz zu den Fürsprechern, nicht mehr als Sprachorgan, sondern als Vertreter der Parteien^{5, 6}.

Das Aufkommen dieser Advokaten ist im Zusammenhang mit der Einführung des römischen, d.h. schriftlichen Prozesses zu sehen, da der Durchschnittsbürger in der Regel nicht über die zur Abfassung der entsprechenden Eingaben notwendigen Kenntnisse verfügte. Aus einer allge-

3 Dübi, a. a. O. 16 ff.; Rennefahrt III, 147.

4 Dübi, a. a. O. 13.

5 Dübi, a. a. O. 14, Rennefahrt II, 353; Zürcher, Schweizerisches Anwaltsrecht 17.

6 Dübi, a. a. O. 14 Anm. 2 vergleicht den aussergerichtlichen advocatus mit dem schon viel früher auftretenden Kirchenvogt, der als Bevollmächtigter der Kirche kraft seines Amtes, seines dauernden Anstellungs- bzw. Beamtenverhältnisses, seine Tätigkeit ausübte und daher eine entsprechende Vertretungsmacht besass.

meinen Ablehnung des fremden Rechts überhaupt heraus verhinderte die bernische Obrigkeit lange Zeit die Zulassung dieser fremden Advokaten vor den weltlichen Gerichten⁷.

2. Vom Ende des 17. Jh. bis zum Erlass des Gesetzbuches über das gerichtliche Verfahren in Zivilrechtssachen von 1821

Die Einführung des schriftlichen Prozesses⁸ zwang die bernischen Behörden 1690 resp. 1696 zur Zulassung der aussergerichtlichen Fürsprecherei, zunächst nur vor den obersten städtischen, später auch vor unteren Instanzen, aber nur für Zivilsachen⁹.

Die Bestellung der Anwälte lag im freien Ermessen der Parteien, doch existierte zu gewissen Zeiten eine Kehrordnung, die aber schon 1720 endgültig aufgehoben wurde¹⁰. Der sog. Bestellungsvertrag, im bernischen Rechtskreis zum ersten Mal von Samuel Mutach in seinem "Substantzlichen Unterricht" erwähnt, lag sowohl den Vertretungsverhältnissen im materiellen Privatrecht als auch im Prozessrecht zugrunde¹¹.

7 vgl. dazu Munzinger, ZBJV Bd. 2, 366 ff.

Als Beispiele dazu die Mandate gegen die fremden Advokaten, u. a. in den Rechtsquellen des Kantons Bern, Bd. VII, 569/570:

"... so verboten Schultheiss und Rät by höchster Ungnad und unfälbarlichen straff, dass kein Untertan in rechts und anderen händlen ... einichen usseren bystender bruchen ..."

"... ussere bystender ... die armen underthanen als schädliche blütäglen ussmärchlend und sugendt ..."

8 in der "Ordnung wegen Verkürzung von Processes" von 1724/25 ausdrücklich eingeführt, später in der GS von 1761 bestätigt. Dazu Rennefahrt III, 358 ff.

9 Dübi, a. a. O. 37-40.

10 Dübi, a. a. O. 55-57.

11 siehe Mutach, Kapitel II. C, Gewillkürte Vertretung. Daneben behandelt Mutach die Prozessvertretung auch noch separat, im IV. Theil, 3. Capitul S. 178: "Dem Kläger und Antworter ist in Civilischen Sachen/als welche sonderbaher die Gegenwart ihrer Personnen nicht erfordern/zugelassen/durch Gewalthabere und Anwalt sich vor dem Gericht zu stellen/und ihre Streitigkeiten vortragen

Wesentlich in dieser Epoche ist die Wandlung der Fürsprecherei von einem öffentlichen Amt, dessen Inhaber zur objektiven Rechtsfindung als Richter mitberufen war, zu einem Parteivertreter, der aufgrund einer von der entsprechenden Prozesspartei ausgestellten Vollmacht handelte. Das Handeln des Anwaltes hatte für die betreffende Prozesspartei dieselben Folgen wie das Handeln eines Stellvertreters nach heutigem Recht für den Vertretenen, es rief Rechtswirkungen unmittelbar in der von ihm vertretenen Partei hervor. So konnte bei fehlerhafter Prozessführung nicht mehr eine Annullierung des Prozesses oder fehlerhafter Prozesshandlungen erwirkt werden wie früher bei einem Versprechen des Fürsprechers, sondern man konnte nur noch den Anwalt auf Schadenersatz belangen.

Im Jahre 1797 veröffentlichte ein gewisser Fresenius einen wunderlichen "Entwurf eines neuen Gesetzbuches für die vollkommeneren bürgerliche Gerechtigkeitspflege", der als Preisschrift der Republik Bern eingesandt wurde, dort aber weiter keinen Einfluss auf die Gesetzgebung zeitigte¹².

Als nächster veröffentlichte Schnell sein "Handbuch des Civil-Processes", worin er das bernische Gerichtsverfahren abhandelte. Lücken füllte er mit gemeinrechtlichen Bestimmungen, so auch mit dem Bevollmächtigungsvertrag¹³. Im Vergleich zu Mutach brachte er keine grundsätzlichen Fortschritte, doch ist seine Schrift bedeutend klarer und verständ-

zu lassen/jedoch sind sie schuldig/bey Antretung der Rectigung ihre Gwalthabere mit gnugsamer Procur zu versehen/damit keintwedere Parthey auss Mangel gnugsamer Procur dess Gegensächers/an dem Fortgang dess Rechtens versäumt werde."

- 12 Johann Christian Ludwig Fresenius, Frankfurt am Main 1797. Dieses u. a. auch gegen den Juristenstand gerichtete Werk ist seiner weitläufigen, unjuristischen Sprache wegen als Gesetzbuch unbrauchbar. Die Vertretung vor Gericht wird im 2. Hauptstück behandelt: "Von den vor Gericht streitenden und handelnden Personen, auch von Bevollmächtigungen", S. 16.
- 13 Samuel Ludwig Schnell, Handbuch des Civil-Processes mit besonderer Hinsicht auf die positiven Gesetze des Kantons Bern, Bern 1810, 89 ff.

licher geschrieben. Das Urteil der Nachfahren über dieses erste grosse Werk Schnells war dennoch nicht immer schmeichelhaft¹⁴.

B. Die gesetzliche Vertretung

Im altbernischen Recht vertrat der Hausherr die übrigen Hausgenossen (d.h. die Ehefrau und die noch der Munt unterworfenen Kinder) nach aussen¹⁵. Nur wenn sich die Frau als Kauffrau betätigte, war eine Vertretung durch ihren Ehemann nicht notwendig; sie konnte sich in diesem Fall selbst verpflichten¹⁶. Des weiteren wurde die Vertretungsmacht des Mannes durch die Bestimmung eingeschränkt, dass sich die Frau durch einen Vogt vertreten lassen musste, falls der Ehemann mit ihr Rechtsgeschäfte tätigen wollte. Starb der Hausherr oder war es ihm aus anderen Gründen (Krankheit, Landesabwesenheit) unmöglich, seine Hausgenossen zu vertreten, so musste über diese eine Vormundschaft errichtet werden¹⁷. Die Witwe (bzw. Ehefrau) behielt die Gewalt im Innern des Hauses, die ordentliche Verwaltung, erhielt aber keine Vertretungsmacht für sich oder gar für ihre Kinder gegen aussen. So auch schon die Berner Handfeste in Art. 50, die für die Vertretung vor Gericht einen Vormund forderte¹⁸. Hervorzuheben ist, dass es im altbernischen Recht keine generelle Geschlechtsvormundschaft oder -beistandschaft über die Frau gab; diese war handlungs- und deliktsfähig. Die allgemeine Geschlechtsvormundschaft wurde erst mit der Gerichtssatzung von 1761 eingeführt¹⁹. Hingegen gab es seit jeher die Bevormundung er-

14 Andreas Heusler, zit. von Roth, a.a.O. 100:

"Es erhebt sich nicht hoch über eine mit Zitaten aus dem Corpus Juris und den gangbaren Lehrbüchern belegte Paraphrase der Gerichtssatzung."

15 Rennefahrt II 8, 9, 26.

16 ders. 193.

17 ders. 26 f.

18 ders. 43, 192.

19 ders. 192 ff.

wachsener Geisteskranker und -schwacher, seit dem 16. Jh. auch der Verschwender²⁰.

Die Mitwirkung des Vormundes war bei allen Geschäften des Bevormundeten vorgeschrieben. Daneben gab es aber auch einige vermögensrechtliche Angelegenheiten, wo die Vertretung durch die Vormundschaftsbehörde oder die deren Obliegenheiten wahrnehmende Verwandtschaft ausgeübt wurde²¹.

In der Gerichtssatzung von 1761 wird ein Vogtszettel erwähnt, der dem Vogt als Bescheinigung der Vollmacht für die Vertretung des Mündels abgegeben wurde²².

C. Die gewillkürte Vertretung

Die frühen Quellen geben uns keine Hinweise darauf, wie das Auftragsverhältnis und die damals damit verbundene Vertretungsmacht in Bern geregelt war. Nach Rennefahrt²³ scheint aber die Vertretung in Forderungsstreitigkeiten schon früh durch aussergerichtliche Anwälte besorgt worden zu sein.

Vertretungsverhältnisse finden wir daneben noch im Gesellschaftsrecht, so bei der öffentlichen Erwerbsgesellschaft (entspricht ungefähr unserer heutigen Kollektivgesellschaft), wo die Gesellen (rsp. Gemeinder, Consorten) diese nach aussen verbindlich vertreten konnten²⁴.

20 Rennefahrt II 101 und schon GS 1539 für den prodigus; Rennefahrt II 195 für Geisteskranke.

21 ders. 198 ff., v. a. 202/203.

22 ders. 204.

23 Rennefahrt III 257.

24 Rennefahrt III 263. In den GS von 1519 und 1614 finden sie aber keine Erwähnung.

Samuel Mutach behandelte in seinem "Substantzlichen Unterricht" die Stellvertretung im Rahmen des Auftrages, und zwar sowohl für das materielle als auch für das formelle Recht. Im 2. Buch, 24. Capitul, führt er dazu aus:

"Von Befehlen/Gewälten^o oder Vollmachten.

Der Befelchs-Gewalts oder Vollmacht-Contract ist/wann einer von einem andern Befelch und Gwalt über sich nimbt/demselben zu Dienst und Gefallen eine ehrliche Sach ausszurichten/die der Gwalt-Geber selbst hätte verrichten mögen.

Dergleichen Gewalt sind zweyerley Art.

Die einten/welche man den Procuratoren und anderen Anwälten gibt zu Grichtlichen Verrichtungen.

Die andern/welche man einem zu aussert Grichtlichen Verrichtungen gibt/als etwas zu kauffen/zu verkauffen/ zu zahlen u. Besteht also die Natur dieses Contracts substantzlich in folgenden Eigenschaften.

Wird erforderet einer/der den Gewalt und Vollmacht gebe/und einer/so den Gwalt und Vollmacht zuverrichten annemme.

Die Verrichtung soll übergeben und angenommen werden allein umb solche Sachen/die da zugelassen/ehrlich und redlich sind/nicht aber Gefährd/Betrug oder Ubeltathen zuverrichten.

Der Befelchs-Haber soll nicht seinen Gwalt oder Befelch überschreiten/sonsten er für sein Person verantwortlich wurde.

Auch kan der Befelchshaber die Verichtung der Sach nicht einem andern übergeben/und seinen Gwalt weiters transportieren/es seye dann ihm ausstruckenlich erlaubt.

Der Befelchshaber wird verantwortlich gegen dem Befelchgeber/wann er vorsetzlich oder betrüglich das anbefohlene Geschäft versaumt/und Verlurst oder Schaden verursacht.

Dergleichen Befehlen/Gewalt und Vollmachten erreichen ihre Endschaft. 1. Wann den Befelchshaber die aufgenommene Verrichtung gereut/und die Aufkündung thut eher er dieselbe angefangen/auch noch nichts versaumt worden/sondern der Gewaltgeber noch jemand anderen ohne Schaden die Sach übergeben kan. 2. Wann den Befelchgeber solches gereut/jedoch soll er dem Befelchshaber seine Kosten und Müh ersetzen. 3. Wann der Gewalthaber sturbe. 4. Wann die anbefohlene Sach gänzlich verrichtet ist.

Wie das ganze Werk Mutachs, so ist auch sein Kapitel über die Vollmacht sehr stark vom gemeinen Recht beeinflusst. Die GS von 1761/62 hat die Konstruktion Mutachs nicht übernommen.

Das hohe Ansehen, das der "Substantzliche Unterricht" während des ganzen 18. Jahrhunderts genoss, bezeugt uns Johann Gottlieb Wyss in seiner "Abhandlung über die Frage: Welchen Vorthail kann ein Bernischer Rechtsgelehrter aus dem römischen Rechte ziehen? und ist ihm dieselbe entbehrlich oder nicht?". Es heisst da: "Lange Zeit hindurch war dieses Werk (d.h. der Substantzliche Unterricht) in grossem Ansehen und gleichsam der Stab in der Noth für den Anwald und der Wegweiser aus der Scylla und Charybdis verworrenen Rechtsverhältnisse für den Richter. Das Ansehen dieses Werkes führte unsere Gesetzgebung nahe an den Punkt, wo das römische (Recht) angefangen hätte - Subsidiär=Recht zu werden"²⁵.

III. Die Regelung der Vertretung in den Schnell'schen Gesetzbüchern

A. Die Vertretung im Prozess²⁶

Schnell legte dem "Gesetzbuch über das gerichtliche Verfahren in Civilrechtssachen" vom 26. März 1821 sein "Handbuch des Civil-Processes" zugrunde. Die Stellung des Anwalts wurde durch den Bevollmächtigungsvertrag des ABGB (und damit später auch des CGB) umschrieben. Eine Einschränkung bestand nur darin, dass Eide vom Bevollmächtigten weder abgeschworen noch abgenommen werden durften²⁷. In der Folge wurden die Pflichten der Advokaten gegenüber ihren Klienten, die sich schon aus der allgemeinen Pflicht, fremde Geschäfte mit einer *diligentia quam in suis* zu besorgen, ergaben, noch näher spezifiziert.

²⁵ a. a. O. 64.

²⁶ dazu Dübi, a. a. O. 78 ff.

²⁷ a. a. O. 92/93.

Die Revision des Prozessgesetzes vom 1. Oktober 1847 brachte gegenüber dem Schnell'schen Gesetz inbezug auf das Verhältnis Anwalt-Klient keine Aenderungen²⁸.

B. Die gesetzliche Vertretung

Die Regelung der gesetzlichen Vertretung hat Schnell im grossen und ganzen aus dem altbernischen Recht übernommen.

Die Vertretungsmacht des Vaters (bzw. der Mutter) für ihre minderjährigen Kinder ergab sich von selbst aus dem Begriff der elterlichen Gewalt²⁹.

In Satzung 83 CGB wird die Vertretungspflicht des Ehemannes für die Ehefrau vor Gericht festgehalten³⁰. Inbezug auf das Vermögen, das die Frau in die Ehe einbrachte, kam es zu keiner eigentlichen Vertretung, da dieses ins Eigentum des Mannes überging³¹. Wollte die Ehefrau über ihr zugebrachtes Gut verfügen, benötigte sie deshalb eine Ermächtigung des Ehemannes³². Eine ähnliche Institution wie die deutschrechtliche Schlüsselgewalt, eine selbständige Vertretungsmacht der Frau, kennt das CGB nicht. In S. 83 CGB wird vielmehr ausgeführt: "Die Ehefrau ... soll ... seine (des Ehemannes) häusliche Anordnungen vollziehen und vollziehen machen"³³.

28 vgl. auch Rheinwald, Gesetzbuch über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen für den Kanton Bern, Bern 1848, 104 ff.

29 S. 153-165 CGB, im Gegensatz zum ABGB, wo dieses Vertretungsrecht ausdrücklich festgehalten ist in § 1034 unter Verweisung auf die materiell bedeutsamen Stellen.

30 "... und sie in ihren rechtlichen Angelegenheiten gegen andere zu vertreten."

31 S. 88 ff. CGB.

32 S. 85 CGB.

33 Inbezug auf die Vertretungsmacht der Ehefrau führt Jakob Leuenberger, Vorlesungen über das bernische Privatrecht, Bern 1852, 803 unter Berufung auf S. 794 CGB (vermuthliche Vollmacht) aus: "Aus

Bevormundete (d.h. Bevogtete und Verbeiständete) konnten z. T. gar nicht, z. T. nur in engen Schranken rechtsgeschäftlich tätig werden. So wird in S. 212 CGB bestimmt: "Die Personen, welche einen Vogt oder einen ordentlichen Beistand haben, müssen in ihren rechtlichen Handlungen durch diesen vertreten werden; insbesondere ist jeder Vertrag, den sie ohne Mitwirkung desselben schliessen, für sie unverbindlich, und das, was sie in Folge eines solchen bereits geleistet haben, kann durch den Vogt oder deren Beistand zurückgefordert werden (161): die Fälle jedoch vorbehalten, die Wir ausdrücklich von dieser Vorschrift ausgenommen (164., 3.7. und folgende). Für die unter elterlicher Gewalt stehenden Kinder galt diese Regelung sinngemäss³⁴. Die Vertretungsbefugnis des Vogts selbst war mancherlei Einschränkungen durch die Vormundschaftsbehörde unterworfen³⁵.

Der volljährigen, nicht verheirateten Frau wurde ein Beistand zugeordnet, der für die Erhaltung ihres Kapitalvermögens zu sorgen hatte³⁶. Die Frau behielt nur die freie Verfügungsgewalt über die Erträgnisse ihres Vermögens³⁷.

Wir finden im CGB also eine sehr detaillierte Regelung der gesetzlichen Vertretung, weniger auf dem Gebiet des Verhältnisses Eltern-Kinder als auf dem Gebiete der Vormundschaft und der sehr patriarchalisch ausgestalteten Geschlechtsbeistandschaft.

diesem Grund wird die Ehefrau, selbst für blosser Haushaltungsschulden, nicht als vermuthliche Bevollmächtigte ihres Mannes anzusehen sein."

34 S. 161 CGB verweist auf die Bestimmungen von S. 212 CGB. Die Ausnahmen davon sind in S. 164 CGB aufgezählt.

35 S. 257 CGB allgemein; S. 268 CGB inbezug auf Geldanlagen, S. 272 inbezug auf die Prozessvertretung, S. 271 CGB inbezug auf Geldaufbrüche, S. 276 CGB inbezug auf Liegenschaften, S. 279 CGB inbezug auf die Annahme einer Erbschaft.

36 S. 308 CGB.

37 S. 307 CGB. Die ordentliche Geschlechtsbeistandschaft wurde für den bernischen Jura mit Gesetz vom 12. Dezember 1839, für den alten Kantonsteil mit Gesetz vom 27. Mai 1847 aufgehoben. Erst damit erlangte die Frau nach bernischem Recht ihre volle Handlungsfähigkeit.

C. Die gewillkürte Vertretung

Schnell regelt die gewillkürte Stellvertretung im Rahmen des Bevollmächtigungsvertrages, eines Institutes also, das die Gerichtssatzung von 1761/62 noch gar nicht gekannt hat und das deutschrechtlich nicht geregelt war. So war es nur natürlich, dass er schon in seinem Handbuch des Civilprozesses, wie früher Mutach, auf die gemeinrechtliche Doktrin abstellte. Diese gemeinrechtliche Regelung hat er auch ins CGB übernommen. Obwohl ihm vorgeworfen wurde, er habe das CGB nur aus dem ABGB und der Gerichtssatzung abgeschrieben³⁹, trifft dies bei der Regelung des Mandats und damit der Stellvertretung nicht zu. Materiell weisen ja alle Naturrechtskodifikationen im persönlichen Sachenrecht, dem Obligationenrecht, keine allzu grossen Unterschiede auf. Bedeutsamer ist für uns die eigenständige Systematik, sind Einzelheiten, die Schnell aus dem altbernischen Recht übernommen oder selbst hinzugefügt hat.

Schnell beginnt in S. 783 mit einer Definition des Begriffs "Bevollmächtigungsvertrag", die er fast wörtlich aus dem ABGB (§ 1002) übernommen hat. Verschieden sind nur die Wendungen "im Namen eines Andern" im ABGB und "auf Auftrag eines Andern an seiner Stelle" im CGB⁴⁰. Letztere Wendung schliesst nach ihrem Wortlaut unsere heutige indirekte Stellvertretung ein, während die erstere nur die direkte Stellvertretung deckt.

Von der Unentgeltlichkeit des justinianischen Mandatum lässt sich S. 784 herleiten, wonach ein Bevollmächtigungsvertrag nur dann belästigend

39 Roth, a. a. O.

40 S. 783 CGB: Der Vertrag, in Folge welches Jemand auf den Auftrag eines Andern an seiner Stelle ein Geschäft zu besorgen übernimmt, heisst der Bevollmächtigungsvertrag.

§ 1002 ABGB: Der Vertrag, wodurch jemand ein ihm aufgetragenes Geschäft im Nahmen des Andern zur Besorgung übernimmt, heisst Bevollmächtigungsvertrag.

(d.h. entgeltlich) sei, wenn man eine Belohnung verabredet habe oder der Mandatar die betreffenden Aufträge berufsmässig besorge. So auch § 1004 ABGB. Der Inhalt der S. 785, die Annahme einer schriftlichen Vollmacht sei zugleich Annahme des darin enthaltenen Auftrages, ergibt sich sowohl im CGB⁴¹ als auch im ABGB⁴², worin diese Bestimmung nicht enthalten ist, aus den allgemeinen Grundsätzen über die Vertragslehre.

Den merkwürdigen § 1003 ABGB, wonach zur Besorgung gewisser Geschäfte öffentlich bestimmte Personen einen sich darauf beziehenden Auftrag ohne Zögerung anzunehmen oder abzulehnen hätten, hat Schnell nicht ins CGB übernommen.

Der weitere Aufbau des Kapitels über den Bevollmächtigungsvertrag deckt sich in CGB und ABGB annähernd:

<u>ABGB</u>	<u>CGB</u>
1 Definition (§ 1002)	1 Definition (S. 783)
2 Eintheilung der Bevollmächtigung (§§ 1004-1008)	2 Allgemeine und besondere Vollmacht (S. 786)
3 Rechte und Verbindlichkeiten des Gewalthabers (§§ 1009-1013)	3 Verpflichtung und Rechte: a) des Bevollmächtigten (S. 787-790) b) des Vollmachtgebers (S. 791)
4 Rechte und Verbindlichkeiten des Gewaltgebers (hinsichtlich des Gewalthabers: §§ 1014-1016) in Rücksicht eines Dritten (§§ 1017-1019)	
5 Auflösung des Vertrages (§§ 1020-1026)	4 Auflösung der Vollmacht (S. 792-794)
6 Stillschweigende Bevollmächtigung der Dienstpersonen (§§ 1027-1033)	5 Vermuthliche Vollmacht (S. 795)

⁴¹ S. 674, 678 und 684 CGB.

⁴² §§ 861-864 ABGB.

ABGB

7 Gerichtliche und gesetzliche
Bevollmächtigung (§ 1034)

8 Geschäftsführung ohne Auftrag
(§§ 1035-1044)

CGB

6 Geschäftsführung ohne Auftrag
(S. 796)

Ein einziger wesentlicher Unterschied sticht uns ins Auge: das ABGB unterteilt den Abschnitt über die Rechte und Pflichten des Vollmachtgebers in zwei Teile, einen ersten über die Rechte und Pflichten inbezug auf den Mandatar und einen zweiten inbezug auf den Dritten, mit dem der Mandatar im Namen des Mandanten kontrahiert hat, während das CGB diese Abschnitte zusammenfasst. Ebenso fehlt dem CGB an dieser Stelle ein Passus über die gerichtliche und gesetzliche Bevollmächtigung.

Sowohl das CGB als auch das ABGB unterscheiden verschiedene Arten von Vollmachten. Das CGB nennt in S. 786 deren zwei, die allgemeine und die besondere Vollmacht, dazu in S. 785 die entgeltliche (und damit natürlich auch die unentgeltliche). Das ABGB differiert nach insgesamt vier Kriterien, neben dem Umfang und der Entgeltlichkeit auch noch nach der Form in mündliche und schriftliche, nach der Freiheit in der Geschäftsbesorgung in beschränkte und unumschränkte Vollmachten. Schnell hat diese Spitzfindigkeiten nicht ins bernische Recht übernommen⁴³. Ebensowenig übernommen wurde § 1008 ABGB, der bei den besonderen Vollmachten noch eine Unterteilung in besondere Vollmachten auf eine bestimmte Gattung von Geschäften und in besondere Vollmachten auf ein einzelnes Geschäft vorsieht. Diese Differenzierungen erübrigen sich, da die wenigen, eine besondere Vollmacht erfordernden Rechtsgeschäfte in der S. 786 und der S. P. 63⁴⁴, worauf verwiesen wird, aufgezählt sind und die Definition der allgemeinen Vollmacht als Recht

43 Wohl aber finden sich diese Differenzierungen wieder in Leuenbergers Vorlesungen über das bernische Privatrecht, Band 2, 2. Lfg., Bern 1852, 781 ff.

44 Satzung 63 des Prozessgesetzes von 1821.

zu der ordentlichen Führung der Geschäfte oder zur Verwaltung der Sachen des Vollmachtgebers die restlichen Streitfälle klärt⁴⁵.

Schnell stellt den Verpflichtungen und Rechten des Bevollmächtigten den dem § 1009 ABGB entnommenen Satz voran, der Mandatar sei "berechtigt, alle innerhalb der Gränzen der Vollmacht liegenden erlaubten Mittel anzuwenden, welche zu der Erreichung der Absicht des Vollmachtgebers geeignet sind" (S. 787). In derselben Weise wie das ABGB gesteht er dem Bevollmächtigten auch ein Substitutionsrecht zu, wobei dieser aber die volle Verantwortung zu tragen hat, ausser der Mandant habe ihm das Substitutionsrecht ausdrücklich erteilt⁴⁶.

In der nächsten Satzung (S. 788) regelt Schnell die unmittelbare Drittberechtigung und -verpflichtung des Mandanten durch die innerhalb der Grenzen der Vollmacht liegenden Handlungen des Mandatars⁴⁷. Dieser Satz steht unter den Rechten und Pflichten des Mandatars zweifelsohne am falschen Ort, denn er handelt von den Auswirkungen der Ausübung dieser Rechte und bringt, lange nach der Abschaffung der adjektizischen Haftung, nur dem Vollmachtgeber Rechte und Pflichten. Richtigerweise steht er im ABGB unter der Marginale "Rechte und Pflichten des Gewaltgebers in Rücksicht eines Dritten" in § 1017. In beiden Kodifikatio-

45 Die Frage, ob bei Vorliegen einer allgemeinen aussergerichtlichen Vollmacht noch eine spezielle Prozessvollmacht notwendig sei, war nach S. 786 CGB unter dem Prozessgesetz von 1821 zu bejahen. Nach der Revision des Prozessgesetzes vom 1. Oktober 1847 (I. Hauptstück, Verfahren in Civilrechtsstreitigkeiten) wurde die Frage strittig, da § 62 wie folgt gefasst wurde:
"Eine allgemeine Vollmacht, zur Besorgung der Rechtsgeschäfte des Auftraggebers überhaupt oder eines einzelnen Prozesses, berechtigt den Bevollmächtigten zu allen Handlungen, welche die Beendigung des Streits auf dem Wege des Rechts oder die Vollziehung des Urtheils zum Zwecke haben"
Vgl. Leuenberger, Vorlesungen 782.

46 § 1010 ABGB, S. 787 CGB.

47 S. 788 CGB: Durch die erlaubten Handlungen, welche der Bevollmächtigte innerhalb der Gränzen der Vollmacht vornimmt, kann er dem Vollmachtgeber gegen dritte Personen Rechte erwerben und ihn gegen dritte Personen verbindlich machen ...

nen hat die das Innenverhältnis beherrschende geheime Instruktion auf die das Aussenverhältnis bestimmende, den Dritten einsichtige Vollmacht keinen Einfluss.

Im weiteren scheint uns der Aufbau des CGB wieder sehr folgerichtig zu sein. Als Massstab für die Besorgung fremder Geschäfte dient der "ordentliche Hauswirth", der "diligens paterfamilias" des römischen Rechts⁴⁸. Das ABGB verwendet dafür den Ausdruck "emsig und redlich". Der Geschäftsmann haftet nach bernischem Recht überdies noch dafür, dass er über die notwendigen Kenntnisse verfügt, um das übernommene Geschäft auf eine ordentliche Weise zu führen, eine Vorschrift, die das ABGB nicht enthält.

Eine Haftung des Mandatars für Schaden aus Verschulden kennen sowohl das ABGB (in § 1012) als auch das CGB (in S. 789), ebenso die Bestimmung, dass Nutzen und Vorteil aus den Geschäften des Mandatars dem Mandanten zuzuwenden seien⁴⁸. Dass CGB gestattet aber dem Mandatar, eine Kompensation mit Gegenforderungen gegen den Mandanten vor der Herausgabe des Geschäftsgewinns vorzunehmen (S. 790). Die Pflicht des Mandatars, dem Mandanten die auf den Auftrag bezüglichen Schriften und Rechnungen jederzeit vorzulegen, betrachten beide Kodifikationen als selbstverständlich.

Dem CGB fehlen Bestimmungen über die Haftung bei Ueberschreitung der Vollmacht (ABGB § 1009), über die Bevollmächtigung Mehrerer (ABGB 1011) sowie ein Verbot, von einem Dritten Geschenke anzunehmen (ABGB § 1013). Diese Lücken fallen aber nicht ins Gewicht, da bei Ueberschreitung der Vollmacht das Handeln des Mandatars vom Mandanten sowieso nicht mehr gedeckt ist (argumentum e contrario aus S. 788), das Verbot, von einem Dritten Geschenke anzunehmen, sich aus

⁴⁸ Der Bevollmächtigte haftete also für Gefährde (Vorsatz), schwere und mittlere Fahrlässigkeit. Vgl. Leuenberger, a. a. O. 785.

⁴⁹ Nicht aber etwa die Vorteile aus bei derselben Gelegenheit auf eigenen Namen abgeschlossenen Geschäften! Vgl. Leuenberger, a. a. O. 789.

der Bestimmung, wie ein ordentlicher Hauswirt zu verfahren⁵⁰, ergibt und die Bevollmächtigung Mehrerer sinngemäss ausgelegt werden kann⁵¹.

In der S. 791 CGB (ABGB § 1014) sind die Verpflichtungen und Rechte des Vollmachtgebers zusammengefasst. Das Schwergewicht dieses Artikels liegt zweifelsohne auf den finanziellen Verpflichtungen des Mandanten dem Mandatar gegenüber. Aufgeführt sind folgende Pflichten:

1. Ersatz des nützlichen und notwendigen Aufwandes, selbst bei fehlendem Erfolg.
2. Auf Verlangen Gewährung von Vorschüssen.
3. Vergütung des Schadens, der aus Verschulden des Vollmachtgebers oder im Verlaufe der Erfüllung des Auftrages entstanden ist⁵²; so auch § 1014 ABGB, während in § 1015 statuiert ist, dass bei unentgeltlicher Besorgung bei zufälligem Schaden nur soviel gefordert werden könne als bei entgeltlicher Besorgung höchstens hätte entrichtet werden müssen.
4. Vorschüsse des Mandatars müssen mit 4% verzinst werden⁵³.
5. Bezahlung des Honorars. § 1013 ABGB betont den Grundsatz der Unentgeltlichkeit des Mandats und verweist auf § 1004, der eine Belohnung nur dann vorsieht, wenn sie vereinbart oder üblich ist.

50 Ohne Begründung auch Leuenberger, a. a. O. 789: "Geschenke" in Rücksicht auf die Geschäftsführung darf der Bevollmächtigte auch von unserem Standpunkt aus von einem Dritten wohl kaum annehmen.

51 Leuenberger, a. a. O. 785/86 erachtet in der Regel die Mitwirkung aller Bevollmächtigten zur Gültigkeit eines Rechtsgeschäftes für notwendig, zitiert aber dazu ein dieser Ansicht zuwiderlaufendes Urteil vom 7. Aug. 1840.

52 Nach Leuenberger, a. a. O. 791/92 sind darin die zufälligen Nachteile eingeschlossen; so auch Art. 2000 C. c. und § 1015 ABGB, dagegen Soloth. CGB § 1290.

53 Diese Vorschrift fehlt im ABGB. Weitere Zinsvorschriften finden wir im bernischen Recht u. a. in S. 818 CGB (Wiederlösung beim Kaufvertrag), S. 883 CGB (Kapitalzinsen vom Gesellschaftsvermögen), S. 946 CGB (Höchstzins für Gültbriefe).

Daneben wiederholt S. 791 CGB die unglücklich plazierte Bestimmung von S. 788 CGB, wonach der Vollmachtgeber die Handlungen zu vertreten habe, die der Mandatar innerhalb der Grenzen seiner Vollmacht vollbracht habe. Dazu kommt die im ABGB nicht enthaltene Bestimmung über die solidarische Haftung mehrerer Vollmachtgeber dem Bevollmächtigten gegenüber.

Die Auflösung des Bevollmächtigungsvertrages erfolgte im bernischen Recht

1. durch den Tod, durch den Verlust des Zustands eigenen Rechts⁵⁴ oder durch die Einstellung in der Ehrenfähigkeit⁵⁵ des Vollmachtgebers oder des Bevollmächtigten (S. 792 Nr. 1 CGB).

§ 1022 ABGB bezieht sich nur auf den Tod, dafür wird in § 1023 die Auflösung der durch einen Bevollmächtigten vertretenen Gemeinschaft dem natürlichen Tod eines Vollmachtgebers gleichgestellt⁵⁶.

§ 1023 ABGB sieht als Auflösungsgrund in diesem Zusammenhang noch den Konkurs vor; eine Bestimmung, die von Schnell nicht ins CGB übernommen werden musste, da der Konkurs bzw. die Zahlungsunfähigkeit auf jeden Fall zur Einstellung in der Ehrenfähigkeit führte (abgeändert erst 1850 durch den Erlass des II. Hauptstücks des Gesetzbuches über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen, Vollziehungsverfahren in Schuldsachen, wonach nur noch die Güterabtretung eine einstweilige und das Vorliegen strafbarer Handlungen oder eines selbstverschuldeten Vermögenszerfalls eine länger dauernde Einstellung in der bürgerlichen Ehrenfähigkeit nach sich zog).

54 S. 16 CGB: "Eine Person, die zu der Ausübung ihrer Rechte weder der Vertretung noch des Beistandes einer andern bedarf, hat den Zustand eigenen Rechts."

55 Dieser Passus fehlt im revidierten Entwurf von 1829 noch.
S. 17 CGB: "Die bürgerliche Ehrenfähigkeit besteht in der Fähigkeit, zu öffentlichen Aemtern zu gelangen, und vor Gericht Zeugniß zu reden. Jede Person hat diesen Zustand, welcher derselbe nicht gerichtlich abgesprochen wurde."

56 So auch Leuenberger, a. a. O. 800 für das bernische Recht.

2. durch den Widerruf des Vollmachtgebers (S. 792 Nr. 2 CGB).
§ 1020 ABGB führt präziser aus: 'Es steht dem Machtgeber frey, die Vollmacht nach Belieben zu widerrufen'; ... Ebenso wird die Bezahlung der bis anhin gehabtten Kosten, des erlittenen Schadens und einer anteilmässigen Belohnung statuiert. Für das bernische Recht ergibt sich dasselbe Resultat durch die Wendungen in S. 792 CGB, wonach der Vollmachtgeber verpflichtet ist, dem Bevollmächtigten selbst bei fehlgeschlagenem Erfolg den nützlichen und notwendigen Aufwand zu ersetzen, welchen er des Geschäfts wegen gemacht; ihm den Schaden zu vergüten, der ihm aus seinem, des Vollmachtgebers Verschulden oder aus der Besorgung des Geschäftes entstanden ist.
3. durch die Aufkündigung des Bevollmächtigten (S. 792 Nr. 3 CGB).
S. 793 CGB hält die Schadenersatzpflicht des Mandatars bei Aufkündigung zur Unzeit, "ohne erhebliche Gründe", fest. Das ABGB stellt zwei Erfordernisse für die Anwendung der Schadenersatzpflicht auf, die Unvorhersehbarkeit und die Unvermeidlichkeit des eingetretenen Hindernisses. Diese Regelung ist also bedeutend restriktiver als diejenige des CGB.
4. durch die Beendigung des Geschäfts, für welches sie erteilt wurde (S. 792 Nr. 4).

Das ABGB kennt diesen als selbstverständlich erscheinenden Auflösungsgrund nicht.

Im Interesse des Mandanten besagt S. 793 CGB, falls die Vollmacht aufgrund von S. 792 Nr. 1 und 3 aufgehoben werde, solle der Bevollmächtigte oder sein Rechtsvertreter die Geschäfte noch solange besorgen, bis der Vollmachtgeber oder sein Rechtsvertreter selbst dafür Sorge tragen könne (inbezug auf den Tod ebenso § 1022 ABGB, dazu ergänzend § 1025 wie S. 793 CGB, aber unter Einschluss des Widerrufs der Vollmacht). Die vom CGB getroffene Lösung erscheint uns

als vernünftiger, da der die Vollmacht widerrufende Mandant zugleich die hängigen Geschäfte übernehmen kann.

Als letztes regelt das CGB in S. 794 die Frage, inwiefern die vom Mandatar nach Auflösung des Bevollmächtigungsvertrages mit Dritten abgeschlossenen Geschäfte für den Mandanten verbindlich seien. Die Gültigkeit eines solcherart zustande gekommenen Vertrages wird für den Dritten und den Vollmachtgeber im Interesse der Verkehrssicherheit bejaht, diesem jedoch ein Rückgriffsrecht auf den Bevollmächtigten zugestanden⁵⁷.

Die Behandlung der "vermuthlichen Vollmacht, die ein Geschäftsherr seinen Angestellten stillschweigend einräumt" (S. 795 CGB; dazu sehr ausführlich das ABGB in insgesamt sieben Paragraphen, 1027-1033), ist für unsere Betrachtung ohne Belang. Im gleichen Zusammenhang erfolgt im ABGB auch noch die Regelung der gerichtlichen und gesetzlichen Bevollmächtigung der Vormünder, Väter und Ehemänner unter Hinweis auf die entsprechenden Normen im Personenrecht.

Das Kapitel über den Bevollmächtigungsvertrag wird sowohl im ABGB als auch im CGB mit der Geschäftsführung ohne Auftrag abgeschlossen. Der einfachen, prägnanten Formulierung Schnells, der den Geschäftsführer einfach einem Bevollmächtigten gleichstellt, falls er zur Abwendung eines Schadens gehandelt hat (S. 796 CGB), steht die wiederum sehr ausführliche und auch weiterreichende Behandlung im ABGB gegenüber⁵⁸.

57 Hat der Dritte von der Auflösung des Bevollmächtigungsvertrages Kenntnis erhalten, so wird der Vollmachtgeber selbstverständlich nicht verpflichtet. Entgegen dem klaren Wortlaut von S. 794 behauptet Leuenberger, a. a. O. 802, falls der Vollmachtgeber sein Möglichstes getan habe, um dem Dritten von der Auflösung des Mandats Kenntnis zu geben, werde er von jeder Verantwortlichkeit befreit (so auch § 1026 ABGB, der von einem Dritten spricht, dem die Aufhebung der Vollmacht ohne sein Verschulden nicht bekannt war).

58 § 1035 ff. ABGB. Das ABGB kennt die negotiorum gestio nicht nur zur Abwendung von Schaden im Notfalle (§ 1036), sondern auch zum Nutzen des Andern (§§ 1037-1039), gegen den Willen des Andern

IV. Die Entwicklung der gewillkürten Stellvertretung bis zum Erlass des aOR

Das CGB, das zur Zeit seines Erlasses als modernes und den damaligen Verhältnissen angepasstes Gesetzbuch hatte bezeichnet werden können, veraltete im Laufe der nächsten Jahrzehnte immer mehr. Ebenso wurden die Nachteile des Vorhandenseins zweier verschiedener Zivilgesetzgebungen in einem Kanton immer offensichtlicher. Nach vielen Partialrevisionen und dem Erlass verschiedener Spezialgesetze entschloss sich der Grosse Rat, einen Entwurf zu einem neuen Zivilgesetzbuch für den Kanton Bern auf der Grundlage der Einheit beider Landesteile ausarbeiten zu lassen. Die entsprechende Redaktionskommission wurde im Mai 1864 bestellt und lieferte ihren "Bericht über die Grundlagen einer einheitlichen Civilgesetzgebung für den Kanton Bern" im Januar 1867 ab. Als deutscher Gesetzesredaktor amtierte Professor Leuenberger.

Wenn sich auch die Hauptkritik am Schnell'schen Gesetzbuch gegen das Ungenügen des Personen-, Familien- und Erbrechts richtete, dazu gegen die veraltete naturrechtliche Systematik des CGB, wurden doch auch auf dem Gebiet des Obligationenrechts Neuerungen angeregt. Mit der Vereinheitlichung des Privatrechts wollte man auch zahlreiche Bestimmungen des C.c. modifizieren.

Die Redaktionskommission sah nicht vor, eine allgemeine Regelung der Stellvertretung in den Revisionsentwurf aufzunehmen. Dies ist sehr begreiflich, hatten doch auch die pandektistischen Theorien diesen Schritt noch nicht durchwegs getan⁵⁹. Im grossen und ganzen folgte man dem Entwurf eines deutschen Obligationenrechts⁶⁰. Die einzelnen Verträge

(§ 1040), dazu die Verwendung zum Nutzen des Andern (§ 1041-1043) und, vollkommen systemfremd, eine Vorschrift über die Verteilung von Kriegsschäden (§ 1044).

59 Wohl aber wird in den Pandektenlehrbüchern in der Regel schon ein eigener Abschnitt über die Stellvertretung in den Allgemeinen Teil des Obligationenrechts aufgenommen.

60 Bericht ... S. 146.

wurden in sieben Gruppen aufgeteilt. Vertretungsverhältnisse finden wir in den Gruppen III, Schuldverhältnisse, welche auf entgeltliche Dienst- oder Arbeitsleistungen gerichtet sind, IV, Schuldverhältnisse aus fremder Geschäftsführung (Mandat und Geschäftsführung ohne Auftrag), V, Schuldverhältnisse aus Rechtsgemeinschaft (v. a. Gesellschaftsrecht).

Beim Bevollmächtigungsvertrag dachte die Kommission nur an eine Modifizierung der bereits bestehenden Vorschriften in CGB und C. c. Grundsätzliche Aenderungen waren nicht vorgesehen, wodurch die Kommission dem CGB wenigstens in diesem Punkt indirekt ein gutes Zeugnis ausstellte. Dass beim Verzicht auf eine Regelung der Stellvertretung im allgemeinen Teil inbezug auf die 'locatio conductio operarum' "fatale Grenzverwirrungen gegenüber dem Mandat"⁶¹ unvermeidlich waren, erscheint uns heute offensichtlich.

Die Spezialgesetzgebung, die für verschiedene Arbeitsverträge vorgesehen war (Bericht S. 140), hätte die Vertretungsverhältnisse kaum berührt, da man diese weiterhin unter dem Titel "Vermuthliche Bevollmächtigung der Geschäftsführer und Angestellten von Handels-, Gewerbs- und Berufsleuten" behandeln wollte (Bericht S. 143), ebenso wären die Vertretungsverhältnisse innerhalb der Familie nicht geändert worden.

In der Gruppe V, Schuldverhältnisse aus Rechtsgemeinschaft, gedachte man die Regelung der Stellung der Prokuristen, die im CGB noch keinen Platz gefunden hatte, unterzubringen (Bericht S. 143).

Trotz aller Bemühungen brachte erst die eidgenössische Zivilgesetzgebung die Rechtsvereinheitlichung im Kanton Bern.

61 Bericht S. 140.

2. Abschnitt

DIE REGELUNG DER STELLVERTRETUNG IM KANTON LUZERN

I. Gesetzgebungsgeschichte¹

Nach der Erlangung der Unabhängigkeit und dem Anschluss an den Bund der Waldstätte setzte in Luzern eine reiche gesetzgeberische Tätigkeit ein, auch auf dem Gebiete des Privatrechts. Das älteste Stadtbuch, das privatrechtliche Normen enthielt, entstand 1480. Dieses erste Stadtbuch wurde im Jahre 1588 von Renward Cysat, dem Kopf der Luzerner Gegenreformation, revidiert und behauptete sich in der neuen Form noch mehr als hundert Jahre. Eine nächste Revision, die aber inhaltlich keine grossen Neuerungen brachte, erfolgte gegen Ende des 17. Jahrhunderts. Im Jahre 1706 wurde als Ergebnis dieser Arbeit das neue Stadtrecht, das Municipale oder Stadtrecht der löblichen Stadt Lucern, veröffentlicht.

In der Mediationszeit wurden die alten Gesetze gesammelt und neu herausgegeben. In dieser Sammlung figurierte auch, als 4. Band, ein "Bürgerliches Gesetzbuch", das aber in keiner Art und Weise eine Kodifikation darstellte, sondern auf dem Municipale basierte. Dieses Gesetzeswerk hatte auf der Landschaft, wo im übrigen die alten Statutarrechte weiter galten, wie schon das Municipale subsidiäre Geltung.

Kasimir Pfyffer trat erst im Zeitalter der Restauration ins öffentliche Leben Luzerns ein. Obwohl er von Grund auf liberal war, gelangte er schon unter dem konservativen Régime zu Aemtern und Ehren. Aber

¹ Eugen Huber, System des Schweizerischen Privatrechts, I und IV, Basel 1886-1893.
Ferdinand Elsener, Die Schweizer Rechtsschulen vom 16. bis zum 19. Jahrhundert, Zürich 1975, 306 ff.
Annemarie Schmid, Kasimir Pfyffer und das Bürgerliche Gesetzbuch für den Kanton Luzern, Bern 1960, 49 ff.
Philipp Segesser, Rechtsgeschichte der Stadt und Republik Luzern, Luzern 1851-1858.
Philipp Segesser, Das alte Stadtrecht von Luzern, Basel 1855.

erst in der Regeneration konnte sich die Persönlichkeit Pfyffers voll entfalten. Neben der Bekleidung von zahlreichen öffentlichen Aemtern betätigte er sich als Redaktor verschiedener öffentlich-rechtlicher Gesetzeswerke.

Schon früh, im Jahre 1827, verfasste Pfyffer ein Gutachten, worin er die Regierung aufforderte, ein vervollständigtes und verbessertes Bürgerliches Gesetzbuch vorzubereiten. Nach dem Beschluss des Täglichen Rates, eine Revision vorzunehmen, wurde Pfyffer mit der Redaktion des CGB betraut.

In der Systematik und in der Ausgestaltung der einzelnen Regelungen lehnte er sich sehr stark ans bernische CGB und damit ans ABGB an, die übrigen modernen Kodifikationen und auch den einheimischen Rechtsstoff hat er dabei (ausgenommen Güterrecht, Intestaterbrecht und Hypothekarrecht) wenig benutzt. Dennoch galt das luzernische CGB als eines der populärsten in der Schweiz überhaupt (Planta). Es trat in den Jahren 1832 bis 1839 in Kraft.

II. Die Regelung der Vertretung bis zur Restauration

A. Die Vertretung im Prozess²

Der Frage der Prozessvertretung wurde in Luzern nie die Bedeutung beigemessen, die sie in Bern gehabt hat. Segesser³ führte dazu aus:

2 Kasimir Pfyffer, Kurze Darstellung des Advokatenstandes im Allgemeinen und in Beziehung auf den Kanton Luzern insbesondere, in Zeitschrift der Juristischen Gesellschaft des Kantons Luzern, 3. Lfg. Luzern 1860, 6 ff., insbesondere 13 ff.
Segesser, RG II, 208 f., IV, 163 ff., v.a. 165 f.
Gottlieb Egli, Zur Entwicklung der Gerichtsverfassung in Luzern, Luzern 1912 (Diss.).
Ludwig Achermann, Aus der Geschichte der Luzerner Advokatur, Luzern 1952 (Manuskript in Staatsarchiv Luzern).

3 Segesser, RG II, 208.

"Von den Gerichten und vor dem Rathe wurden die Verhandlungen der Parteien theils persönlich, theils durch Fürsprecher geführt, deren Function als ein öffentliches Amt erscheint. Wir finden namentlich in Betreff des Fürsprechens vor Rath eine sehr verschiedene Uebung. Zur Zeit bestund die Uebung, dass wer vor Rath zu thun habe, ein Rathsglied zum Fürsprecher verlangen könne. Zu anderer Zeit dagegen wurde verboten, dass vor Rath ein Rathsherr, vor Räthen und Hunderten ein Mitglied dieses Collegiums Jemandes Rede thue."

Auch in Luzern entnahm man also die Fürsprecher zeitweise dem urtheilenden Gericht. Andere Fürsprecher konnten vor den luzernerischen Gerichten nicht auftreten. Wir finden hier also dieselben Verhältnisse wie im frühen Bern: Die Fürsprecher waren weder Bevollmächtigte noch gar Stellvertreter der Parteien, sondern Referenten des urtheilenden Gremiums.

Die Entwicklung nahm dann in Luzern einen etwas anderen Gang als in Bern, wo die Advokatur mit der Zeit zu einem doch einigermaßen angesehenen Berufsstande sich entwickelte, die Rechtsanwälte zu den Vortragern vor Gericht und vor allem zur Abfassung von Rechtsschriften (Bern führte ja bekanntlich den schriftlichen Prozess ein, während in Luzern nur zu Protokoll diktiert wurde) benötigt wurden und der Staat das gesamte Advokaturwesen gesetzlich regelte. Die luzernischen Prokuratoren besorgten, da sie ja selbst vor Gericht nicht auftreten konnten, nur die Instruktion der Fürsprecher. Dies musste, da sich vor allem ungebildete, aber grosssprecherische Subjekte dieser Tätigkeit verschrieben, zu üblen Zuständen führen. Zwischen diesen Prokuratoren und ihren Klienten bestand ein Auftragsverhältnis im heutigen Sinn, keineswegs aber eine Stellvertretung.

Die Helvetik und die Mediation änderten an der Qualität der Advokaten bzw. Prokuratoren wenig, doch durften sie jetzt vor Gericht für ihre Klienten auftreten. Diese wesentliche Neuerung, die in Bern schon 1690 eingeführt wurde, erfolgte in Luzern mehr als ein Jahrhundert später, vorläufig aber noch ohne gesetzliche Regelung des zwischen Anwalt und Klient bestehenden Mandatsverhältnisses.

B. Die gesetzliche Vertretung⁴

Das altluzernerische Recht enthält ziemlich ausführliche Vorschriften über die gesetzliche Vertretung. In rechtlichen Belangen mussten grundsätzlich alle beschränkt oder vollständig handlungsunfähigen Personen vertreten werden, sei es durch den Vater oder einen Vogt.

In erster Linie waren dies sämtliche Minderjährigen männlichen und weiblichen Geschlechts, die unter der Gewalt ihres Vaters standen⁵. Diese väterliche Gewalt beinhaltete neben den persönlichen Rechten und Pflichten auch, dass ein Minderjähriger (Altersgrenze: 18 Jahre) sich rechtsgeschäftlich nicht verpflichten konnte⁶. Besass das Kind eigenes Vermögen, so stand dem Vater neben der väterlichen Gewalt noch die Vogtei zu, die Segesser für das luzernerische Recht als "Schutz der Vermögensrechte eines Individuums" definierte⁷. Volljährige Töchter und Söhne verblieben unter der Gewalt des Vaters, sofern sie mit ihm in einem Haushalt zusammenlebten. Lebten sie vom Vater getrennt, so erlangten die Söhne die volle Handlungsfähigkeit, während die Töchter bevogtet wurden; d. h. es wurde über sie eine Geschlechtsbeistandschaft errichtet, die aber in jedem Fall nur die vermögensrechtliche Stellung der volljährigen, unverheirateten Frau betraf. Demzufolge musste bei allen wichtigeren Rechtsgeschäften, die sie tätigen wollte, ihr Vogt mitwirken⁸. Eine Ausnahme bildeten die Kauffrauen, die grundsätzlich kei-

4 Segesser, Rechtsgeschichte II, 431-469.

Meyer von Schauensee, Zum Vormundschafts- und Eherecht des Kantons Luzern, ZBJV Bd. 19, 2. Heft, 187 ff.

Joh. Winkler, Die Geschlechtsvormundschaft in ihrer historischen Entwicklung, Luzern 1868 (Diss. Zürich), 87 ff.

Alois Moser, Die privatrechtliche Stellung der Frau nach Luzerner Recht, Luzern 1898 (Diss. Bern), 7-74.

5 Segesser, RG II, 432 ff.; Meyer von Schauensee, a. a. O. 188.

6 Segesser, RG II, 434, 461 f.

7 Segesser, RG II, 462.

8 Moser, a. a. O. 7 ff, 12 ff.; Winkler, a. a. O. 88 ff.; Segesser, RG II, 432 f.; Meyer von Schauensee, a. a. O. 188.

nen Vertreter benötigten⁹. Verheiratete Frauen unterstanden der ehelichen Vormundschaft des Mannes, wobei aber der Ehefrau für Rechtsgeschäfte unter Ehegatten ein zusätzlicher Vogt bestellt wurde.

Fiel der Ehemann und Vater als Inhaber der väterlichen Gewalt bzw. der ehelichen Vormundschaft aus, sei es durch Tod oder aus anderen Gründen, so trat immer ein Vogt in seine Rechtsstellung ein, sei er nun durch den Ehemann oder Vater bestellt worden, sei es der nächste Verwandte oder ein von der Stadt verordneter Vogt.

Ebenfalls eines Vertreters bedurften diejenigen Personen, die sich nicht im Besitz der bürgerlichen Ehren und Rechte befanden, da sie als unfähig zu rechtlichen Handlungen galten¹⁰.

Diese Regelung der gesetzlichen Vertretung, die schon im 15. Jahrhundert Geltung besass, wurde im wesentlichen unverändert ins BGB von 1812 übernommen.

C. Die gewillkürte Stellvertretung

Das altluzernerische Obligationenrecht war sehr mangelhaft ausgestaltet¹¹, da es nur über die wichtigsten Verträge vereinzelte Bestimmungen aufwies. Die Stellvertretung (bzw. der Bevollmächtigungsvertrag) findet sich weder im alten Stadtrecht (Ende des 15. Jh.) noch in der Munizipale von 1706 oder im BGB von 1811/12.

Segesser erwähnt, dass sich der Einfluss des römischen Rechts in Luzern bei der Ausgestaltung der einzelnen Vertragstypen schon früh bemerkbar gemacht habe¹². Inwiefern Fragen aus dem Gebiet des Bevoll-

9 dieselben a. a. O.

10 Segesser, RG II, 435.

11 Schmid, a. a. O. 83 ff.

12 Segesser, RG II, 500.

mächtigungsvertrages oder der Stellvertretung nach dem gemeinen Recht entschieden wurden, ist noch nicht geklärt.

III. Die Regelung der Vertretung in den von Pfyffer redigierten Gesetzbüchern

A. Die Vertretung im Prozess

Es ergaben sich weder aus der Advokatenordnung von 1814 noch aus der Bürgerlichen Gerichts- und Prozess=Ordnung für die Stadt und Republik Luzern von 1824 (=BGPO) grundsätzliche Aenderungen in der Prozessvertretung. Nach der Advokatenordnung durften aber nur noch zugelassene Advokaten (Fürsprecher und Rechtsanwälte) die Parteien vor Gericht vertreten. Im Zivilprozessgesetz von 1824¹³ wurde festgehalten, welche Kategorien von Personen vor Zivilgerichten ihre Angelegenheiten nicht selbst wahrnehmen konnten. Ebenfalls zum ersten Mal in der luzernerischen Rechtsentwicklung wurden der Bevollmächtigtungsvertrag und die Rechte und Pflichten des Bevollmächtigten erwähnt:

- § 58 BGPO: "Wer aus eines Dritten Recht und doch nicht für seine eigene Person vor Gericht auftreten will, muss mit einer Prozess-Vollmacht versehen seyn, welche, um als förmlich anerkannt zu werden, gehörig legalisiert seyn muss."
- § 59 BGPO: "Die Prozess-Vollmachten enthält entweder die Begwäligung zu einem einzelnen Akt, oder die Ertheilung der Befugniss: den Prozess vom Anfang bis zum Ende in allen vorkommenden Handlungen zu führen."
- § 60 BGPO: "Kein Bevollmächtigter darf, wenn solches nicht namentlich in seiner Vollmacht enthalten ist, Vergleiche schliessen und Compromisse eingehen, gleichermassen kann er nur dannzumal einen andern Sachwalter an seine Stelle substituieren, wenn die Vollmacht ihm das Substitutionsrecht einräumt."

13 § 56 BGPO.

Vorausgesetzt hat der Gesetzgeber natürlich, dass die Handlungen des bevollmächtigten Anwaltes im vertretenen Klienten unmittelbar Rechte und Pflichten erzeugen. So regelte man auch in Luzern, ähnlich wie in Bern, zuerst den Bevollmächtigungsvertrag für eines seiner wichtigsten Anwendungsgebiete, das Verhältnis Anwalt-Klient.

B. Die gesetzliche Vertretung

Die altluzernische Regelung der gesetzlichen Vertretung fand praktisch unverändert Eingang in das BGB Kasimir Pfyffers von 1831.

Dem Vater (nicht etwa den Eltern!) stand die väterliche Gewalt¹⁴ über seine minderjährigen und im gleichen Haushalt mit ihm zusammenlebenden volljährigen Kinder¹⁵ zu. Verträge der noch unter väterlicher Gewalt stehenden Kinder waren nichtig¹⁶, ausgenommen der Sohn bekleidete mit Zustimmung seines Vaters eine Stelle oder übte einen Beruf aus¹⁷ oder handelte nach Erreichen der Volljährigkeit in seinem eigenen Interesse oder besorgte die Geschäfte seines Vaters¹⁸. Dafür war der Vater gehalten, seine minderjährigen oder sonst unter seiner Gewalt stehenden Kinder zu vertreten¹⁹.

14 § 66 luz. BGB.

15 § 79 Ziff. 2 luz. BGB: "Die väterliche Gewalt hört auf ... 2. Mit der Volljährigkeit und der Herausnahme des Vermögens ... das Kind ... sich mit seinem Vermögen vom Vater trennt, oder von ihm eine Aussteuer empfängt, oder sonst für sich zu haushalten anfängt, und auf diese Weise in den Zustand eigenen Rechts eintritt."

16 § 75 luz. BGB.

17 § 76 luz. BGB.

18 § 77 luz. BGB: "Wenn ein unter väterlicher Gewalt stehender Sohn notorisch im Namen seines Vaters schaltet und waltet, ..., so haftet der Vater für die von ihm eingegangenen Verbindlichkeiten [Ausnahmen aufgezählt. Anm. |]."

19 §§ 108-172 luz. BGB.

Die Regelung der Geschlechtsbeistandschaft deckte sich weitgehend mit der bernischen, nur war die Vertretung der Ehefrau durch den Ehemann ausführlicher geregelt. Der Ehefrau blieb, neben der Vertretungsmacht des Mannes, nur ein sehr kleiner Spielraum zum Abschluss von Rechtsgeschäften:

§ 181 luz. BGB: "Der Beistand einer verehelichten Weibsperson ist der Ehemann derselben, so lange er eigenen Rechts ist.

Derselbe hat seine Ehefrau in ihren rechtlichen Angelegenheiten, mit Ausnahme von persönlichen Vergehungen, zu vertreten und diese kann ohne Zuzug des Ehemannes keine Rechtshandlung gültig vornehmen.

Die Handlungen und eingegangenen Verbindlichkeiten der Ehefrau, welche die Verwaltung des Hauswesens zum Gegenstand haben und nicht augenscheinlich über ihren Stand und Beruf hinausgehen, verpflichten den Ehemann ..."

Die Frau erhielt also nur die Schlüsselgewalt eingeräumt, sonst musste sie sich in allen Rechtshandlungen durch ihren Mann vertreten lassen.

Die Stellung der ledigen oder verwitweten, aber verbeiständeten Frau blieb relativ frei; sie konnte über ihre Einkünfte frei verfügen, nicht aber über ihr Kapitalvermögen. Für Rechtshandlungen, die nur ihre Einkünfte betrafen, bedurfte sie also keines Beistandes oder Vertreters.

Die Vormundschaft²⁰ war gleich geregelt wie im bernischen und vor allem im altluzernischen Recht. Der Bevogtete musste in seinen Handlungen durch seinen Vogt vertreten werden; kontrahierte er ohne dessen Mitwirkung, so waren die entsprechenden Verträge nichtig:

§ 114 luz. BGB: "Personen, welche einen Vogt oder Beistand haben, müssen in ihren rechtlichen Handlungen durch diese vertreten werden; insbesondere ist jeder Vertrag, den sie ohne Mitwirkung desselben schliessen, für sie, sowohl für den Augenblick, als für die Zukunft unverbindlich."

20 §§ 108-172 luz. BGB.

Hervorzuheben ist für das luzernische Recht noch, dass eine Frau unter allen Umständen unfähig war, die Vormundschaft über ihre Kinder anzutreten (geschweige denn die volle väterliche Gewalt über diese zu erlangen); vielmehr musste sogar noch darüber entschieden werden, ob die Kinder überhaupt der Mutter anvertraut werden könnten²¹.

C. Die gewillkürte Vertretung

Kasimir Pfyffer sah sich bei der Regelung der gewillkürten Stellvertretung demselben Problem gegenüber wie beim Grossteil des übrigen Obligationenrechts: Das altluzernerische Recht hatte die entsprechenden Rechtsinstitute entweder überhaupt nicht oder dann nur sehr lückenhaft ausgebildet²². So war er, bei der kurzen ihm für diese Arbeit zur Verfügung stehenden Zeit²³, darauf angewiesen, auf bereits anderweitig bewährte Lösungen zurückgreifen zu können. Er lehnte sich bei der Regelung des Bevollmächtigungsvertrages und damit auch der Stellvertretung hauptsächlich an die einige Jahre früher in Kraft gesetzte Berner Privatrechtskodifikation und ans österreichische ABGB an²⁴.

21 § 138 luz. BGB.

22 Schmid, a. a. O. 83 ff. Sie zitiert dort einen Brief, den Pfyffer im Namen der Gesetzgebungskommission an den Kleinen Rat sandte: "Die bisherigen Gesetze des Kantons Luzern sind in betreff der persönlichen Sachenrechte sehr lückenhaft. Sie enthalten wenige Bestimmungen über die Verträge ... von den anderen Verträgen, die täglich zur Anwendung kommen, wie z. B. das Darlehen, der Miethcontract, der Bevollmächtigungsvertrag usw. geschieht mit keiner Silbe Erwähnung ..."
Segesser II, 500.

23 Schmid, a. a. O. 13 ff. Pfyffer war damals Mitglied des grossen Rats, Appellationsgerichtspräsident, Mitglied verschiedener städtischer Behörden und an zahlreichen Gesetzgebungsarbeiten massgeblich beteiligt.

24 Elsener, 250; Schmid, a. a. O. 56 ff.

Das Kapitel über den Bevollmächtigungsvertrag hat Pfyffer fast wörtlich dem bernischen CGB entnommen. Hin und wieder finden sich stilistische Verbesserungen; wenig ist weggefallen, noch weniger wurde hinzugefügt. Ein Vergleich der Abschnitte über den Bevollmächtigungsvertrag zeigt dies deutlich:

Vergleich zwischen dem luz. BGB und dem bern. CGB

<u>luz. BGB</u>	<u>bern. CGB</u>
Begriff (Definition des Bevollmächtigungsvertrages)	
§§ 601, 602	S. 783, 784
identisch	
Vollmacht: allgemeine und besondere	
§§ 603, 604	S. 786
Diese Paragraphen sind allgemeiner gefasst als im CGB, vor allem sind die Geschäfte, die einer besonderen Bevollmächtigung bedürfen, nicht im einzelnen aufgeführt.	
Fehlt.	S. 785: Annahme einer schriftlichen Vollmacht = Annahme des darin enthaltenen Auftrages.
	Verpflichtung und Rechte
	a. des Bevollmächtigten
Substitutionsrecht § 605	[Substitutionsrecht] S. 787 fin.
Die von Schnell an den Anfang der S. 787 CGB gestellte Formulierung "Der Bevollmächtigte ist berechtigt, alle innerhalb der Gränzen der Vollmacht liegenden erlaubten Mittel anzuwenden, welche zu der Erreichung der Absicht des Vollmachtgebers geeignet sind" findet sich im luzernischen Gesetzestext nicht, hingegen hat sie Pfyffer wörtlich in seine Erläuterungen (S. 103) übernommen und daraus seinen § 605 begründet!	

luz. BGB	bern. CGB
Wirkung der Vollmacht Dritten gegenüber § 606 Der Randtitel Pfyffers entspricht, im Gegensatz zum CGB, dem Inhalt des entsprechenden Paragraphen.	sub Randtitel von S. 787 S. 787
Verpflichtung des Bevollmächtigten § 607 Pfyffer hat hier für die Sorgfalt, mit der fremde Geschäfte zu besorgen sind, nicht der Formulierung Schnells, "wie ein ordentlicher Hauswirth", sondern derjenigen des ABGB (§ 1009), "emsig und redlich", den Vorzug gegeben. § 608	sub Randtitel von S. 787 S. 789 S. 790
identisch	
Verpflichtungen des Vollmachtgebers § 609 Dem luz. BGB fehlt die Vorschrift, der Mandant müsse Vorschüsse des Mandatars mit 4% verzinsen.	(Verpflichtung und Rechte) b. des Vollmachtgebers S. 791
Auflösung der Vollmacht	
§ 610 Bei der Aufzählung der Auflösungsgründe fehlt im luz. BGB die Einstellung in der Ehrenfähigkeit. In Pfyffers Erläuterungen wird sie aber als selbstverständlich miteingeschlossen (S. 108). §§ 611. 612	S. 792 S. 793, 794
identisch	
Im Text von § 611 benutzt Pfyffer den Ausdruck "Stellvertreter", natürlich nicht in der heutigen juristischen Bedeutung, sondern im Sinne von "Bevollmächtigter des Bevollmächtigten".	
Vermuthliche Vollmacht	
§ 613 Der § 613 des luz. BGB ist knapper gehalten als die ihm entsprechende S. 795 bern. CGB, da keine Regeln darüber aufgestellt werden, welche Geschäfte im einzelnen durch die vermuthliche Vollmacht noch gedeckt sind. Dagegen enthält § 613 luz. BGB die Bestimmung ausdrücklich, die	S. 795

luz. BGB

bern. CGB

vermuthliche Vollmacht sei auf Dienstboten nicht anwendbar; eine Norm, die im wirtschaftlich höher entwickelten Bern als selbstverständlich nicht gesetzt zu werden brauchte.

In seinen Erläuterungen verwendet Pfyffer wiederum, diesmal sehr viel treffender, den Ausdruck "Stellvertreter" (S. 110):

"... sie legt nämlich den Auftrag, den Handels- und Gewerbsleute ihren Angestellten ... ertheilen, als eine Vollmacht aus, so dass sie in Folge dieser Auslegung in den Geschäften, welche ihnen von ihren Prinzipalen anvertraut worden, als die Stellvertreter derselben anzusehen sind, und ihnen unmittelbare Rechte erwerben und Verbindlichkeiten auflagen können".

Geschäftsführung ohne Auftrag

§ 614

| S. 795

identisch

Es wird hier nur die Geschäftsführung ohne Auftrag zur Abwendung eines Schadens geregelt.

§ 615

regelt den Ersatz des nützlichen oder notwendigen Aufwandes, den jemand anstelle eines Dritten erbringt, den dieser selbst hätte erbringen müssen²⁵.

Fehlt.

§ 616

"Derjenige, dessen Sachen in einem Nothfalle Preis gegeben worden, um grösseren Schaden dadurch abzuwenden, hat das Recht, alle die, welche daraus Vortheil gezogen, zum verhältnismässigen Ersatz anhalten."

Dieser Paragraph enthält also die lex Rhodia de iactu²⁶.

Fehlt.

25 § 615 luz. BGB basiert auf § 1042 ABGB: "Wer für einen Andern einen Aufwand macht, den dieser nach dem Gesetze selbst hätte machen müssen, hat das Recht, den Ersatz zu fordern.", nicht etwa auf § 1037 ABGB, der von einem Geschäftsführer ohne Auftrag handelt, der das Geschäft des Andern ohne dessen Einwilligung, aber zu dessen überwiegendem Nutzen führt (ohne dass aber der andere das Geschäft hätte tätigen müssen!). Das luz. BGB geht also weiter als das bern. CGB, nicht aber soweit wie das ABGB.

26 § 1043 ABGB.

Die Bevollmächtigung mehrerer wird weder im bern. CGB noch im luz. BGB geregelt. Pfyffer erwähnt sie aber in seinen Erläuterungen (S. 113/114). Dabei wird die Lösung des ABGB übernommen; d.h. es war die Mitwirkung aller Bevollmächtigten zur Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts und zur Verpflichtung des Vollmachtgebers erforderlich.

Zusammenfassend können wir sagen, dass Pfyffer auf dem Gebiet der Bevollmächtigung und damit auch der Stellvertretung in keiner Art und Weise originelle oder auch nur fortschrittlichere Lösungen als Schnell in Bern gefunden hat, dass sein Abschnitt über die Bevollmächtigung und die Geschäftsführung ohne Auftrag vielmehr eine Kompilation aus ABGB und bern. CGB darstellt.

3. Abschnitt

DIE REGELUNG DER VERTRETUNG IM KANTON SOLOTHURN

I. Gesetzgebungsgeschichte¹

Aus dem Mittelalter ist uns aus Solothurn kein zusammenhängendes Gesetzeswerk überliefert. Die Handfeste von 1276 und ihre Nachfolgerinnen enthielten keine privatrechtlichen Normen². Erst im Jahre 1604 gelangte die Stadt zu einer Stadtrechtsreformation, den "Stadtrechten von Solothurn", die von Hans Jakob von Staal, einem humanistisch gebildeten, langjährigen Stadtschreiber verfasst wurden³.

Als Vorbilder dienten ihm, neben dem wenigen einheimischen Rechtstoff, die Stadtrechtsreformationen von Freiburg im Breisgau und vor allem von Nürnberg⁴. Das "Stadtrechten" erhielt so einen stark romanistischen Einschlag. Die den einzelnen Gebieten Solothurns noch verbliebenen Ortsrechte wurden durch das neue Gesetz verdrängt⁵. Die Stadt gelangte so viel früher zu einer Rechtsvereinheitlichung als zum Beispiel Bern oder gar Zürich. An diesem Rechtszustand änderte sich aus politischen Gründen (Herrschaft des Patriziats) wenig. Nicht einmal eine im Jahre 1817 veranstaltete Neuausgabe des alten "Stadtrechten", die dessen Reformbedürftigkeit klar zu Tage treten liess, vermochte die Regierung zum Handeln zu bewegen⁶.

1 Huber IV, 76 und 146; Elsener, Rechtsschulen, 93 ff.; Peter Walliser, Der Gesetzgeber Joh. Baptist Reinert und das solothurnische Zivilgesetzbuch von 1841-1847; René Aerni, Johann Jakob von Staal und das Solothurner Stadtrecht von 1604, Diss. Zürich 1974.

2 Aerni, a. a. O. S. 212/213.

3 Walliser, a. a. O. S. 109 ff.; Aerni, a. a. O. S. 208 ff.

4 Aerni, a. a. O. S. 218.

5 Walliser, a. a. O. S. 105 ff.

6 Walliser, a. a. O. S. 115; Aerni, a. a. O. S. 318.

Erst in der Regeneration setzte die gesetzgeberische Tätigkeit wieder in reichem Masse ein. Den Vorrang genoss zunächst einmal das öffentliche Recht. Schon im Jahre 1837 aber fasste man die Ausarbeitung einer Zivilrechtskodifikation ins Auge⁷. Ein Jahr später wurde J.B. Reinert mit der Gesetzesredaktion betraut. Als Richtlinie wurde ihm zur Auflage gemacht, sich vor allem an das schon bestehende, einheimische Recht zu halten.

Reinert benutzte, da der einheimische Rechtsstoff zur Schaffung einer Kodifikation bei weitem nicht ausreichte, wie vor ihm Pfyffer als Grundlage seiner Arbeit das bernische CGB und damit auch das ABGB. Daneben benutzte er in starkem Masse den Code civil.

Das solothurnische CGB wurde überall positiv beurteilt, sowohl vom Volk als auch von den Juristen⁸. Es trat in den Jahren 1841 bis 1847 in Kraft.

II. Die Regelung der Vertretung vor Erlass der Kodifikationen des 19. Jahrhunderts

A. Die Vertretung im Prozess⁹

Die Prozessvertretung ist in den "Stadtrechten" von Solothurn ausführlich geregelt. Im fünften Titel, "Von Anwälten", heisst es wie folgt:

1. "Ein jeder, so in bürgerlichen Sachen nicht erscheinen möchte, (Welches doch jedem freygestellt, zu erscheinen oder einen Anwalt, Prokurator oder Gewalthaber zu setzen) der mag also einen Prokurator oder Anwalt setzen – nämlich so er nicht vor Rath oder Gericht gestellt oder durch Schrift geordnet wird, dass er doch zum wenigsten in Beyseyn zweyer ehrbaren Zeugen gesetzt werde, und

7 Walliser, a.a.O.

8 so von Bluntschli und Eugen Huber, in Elsener, Rechtsschulen, S. 330.

9 Aerni, a.a.O. S. 235 ff.

demselben vollkommene Gewalt gegeben: Klag' und Antwort zu hören, Antwort darüber zu geben, und alles das zu thun, so ein vollmächtiger Anwalt thun soll; also auch zu handeln, wie er selbst, so er zugegen wäre, thun und handeln möchte, zu Gewinn und Verlust, und (mit) Versprechen, alles was sein gesetzter Anwalt an seiner statt im Rechten handeln würde, angenehm, stät, fest und dass er ihn, Gewalthaber, derothalber wie recht ist, entheben und schadlos halten wolle, bey Verbindung seiner Hab' und Güter."

Wir machen also hier zum ersten Mal die interessante Feststellung, dass es jedem Bürger freigestellt war, seine Rechtshändel vor Gericht selbst auszufechten oder einen Prokurator (oder sonst irgend einen Gewalthaber) an seiner Stelle auftreten zu lassen. Die Handlungen dieses Vertreters mussten vom Gewaltgeber gedeckt werden. Inwiefern eine subsidiäre Haftung des Gewalthabers (im Sinne der adjektizischen Haftung) Platz griff, lässt sich aus den "Stadtrechten" nicht herauslesen. Wesentlich ist, dass in Solothurn schon so früh die unmittelbare Drittberechtigung und -verpflichtung bekannt und möglich war.

Anders lag der Fall, wenn jemand für seine nahen Verwandten vor Gericht auftrat. Tat er dies ohne ausdrückliche Vollmacht, so trug er das Risiko, wenn der von ihm vertretene Verwandte die von ihm eingegangenen Verpflichtungen nicht erfüllte, da er sich für diesen verbürgen musste:

2. "Ein Vater mag von seines Sohns ... im Rechten ohne Gewalt erscheinen und sie vertreten, auch von ihrentwegen in Klag' und Antwort vorstehn und handeln – doch also, dass sie nach Erkenntniss des Rathes oder Gerichts verbürgen und Sicherheit geben, dass ihre Handlung durch diejenigen, so sie vertreten, stät, fest und unweigerlich gehalten werden solle¹⁰.

Die Ehefrau konnte ihren Mann ohne besondere Vollmacht grundsätzlich nicht vertreten. Ausnahmsweise, wenn sie "genugsame Versicherung zum Rechte thäte" und auf die dem weiblichen Geschlecht zustehenden Privilegien verzichtete, war es einer Frau durchaus möglich, für ihren Mann im Prozess aufzutreten. Diese für damalige Verhältnisse recht

¹⁰ Stadtrechten, 5. Titel Art. 2.

günstige Stellung der Frau, die als handlungsfähig betrachtet wurde, ergibt sich aus dem Ende des 5. Artikels des zit. Titels der "Stadtrechten":

5. "... Aber in ihren eigenen Sachen und ihre Hab' und Güter betreffend, mag eine Ehefrau durch sich selbst oder ihren Anwalt und Prokurator wohl im Bericht handeln und klagen, wie der Mann seiner selbst Sachen halb auch thun mag."

Inwiefern dem Anwalt ein Substitutionsrecht zustand, lässt sich aus den "Stadtrechten" nicht schlüssig entnehmen. In Art. 6 des Fünften Titels wird davon gesprochen, dass der Bevollmächtigte seinen Auftrag "durch sich selbst oder seinen nachgesetzten Anwalt getreulich auswarten" solle, während in Art. 7 statuiert wird, dass ein Anwalt, der sich seines Auftrages entschlagen wolle, ohne Zustimmung seiner Auftraggeber das Mandat nicht substituieren dürfe.

B. Die gesetzliche Vertretung

Ueber die gesetzliche Vertretung finden wir im 29. Titel der "Stadtrechten", "Von Vögten der Wittwen und Waisen", eine erschöpfende Regelung. Entgegen dem Wortlaut des Titels wird auch die Vertretung unter Ehegatten und die Vertretung der Kinder durch ihren Vater behandelt.

Der Vater vertrat seine Kinder bis zum 25. Altersjahr. Starb der Vater, so wurden die Kinder bevogtet. Allerdings sah schon das Stadtrecht (im 29. Tit. Art. 2) die Möglichkeit der Jahrgebung vor:

"... es wäre denn, dass ein Jüngling so geschickt, guter Vernunft und eines ehrsamten Wesens wäre, dass man ihm die Verwaltung seines Gutes vertrauen möchte, der ist nicht schuldig, unter Vögten zu seyn ..."

Ebenfalls bevogtet wurden "Wüthige, Taubsinnige, ihrer Vernunft Beraubte", so vor allem prodigi.

Die Rechtsstellung der ledigen Frau war, trotz grundsätzlicher Anerkennung ihrer Handlungsfähigkeit, eingeschränkt; sie musste für Rechtsgeschäfte über liegendes Gut, desgleichen für die Vertretung vor Gericht, einen Vogt beiziehen, die Ehefrau ihren eigenen Mann¹¹.

Unter den Pflichten, die ein Vogt für seine Vogtskinder zu erfüllen hatte, findet sich auch die Vertretung:

"... dass er der zugeordneten Person Hab' und Güter, liegende und fahrende, getreulich verwalten, auch die in seinen eigenen Nutzen (dadurch den Vogtskindern ihr Nutz gemindert werden möchte) nicht verwenden noch gebrauchen; dass er auch wolle seine Vogtsperson inn- und ausserhalb des Rechtes gemeinlich beschirmen, vertreten, und derselben Recht und Gerechtigkeit handhaben ..."

Die Einschränkungen, denen eine bevogtete Person unterworfen war, sind in Art. 15 des 29. Tit. aufgeführt:

15. So eine Person bevogtet (Sie sey Manns- oder Weibsnamens, alt oder jung), so soll dieselbe ohne Wissen ihres Vogtes nicht Gewalt noch Macht haben ein liegendes oder fahrendes Gut hinzuleihen, zu verkaufen, zu verschenken, zu vertauschen noch zu ändern ...

Zusammenfassend können wir sagen, dass die Regelung der gesetzlichen Vertretung der allerorts damals üblichen entsprach, mit Ausnahme der doch etwas besseren Stellung der Frau, sei sie nun ledig oder verheiratet.

C. Die gewillkürte Vertretung

Die "Stadtrechten" enthalten ausser der Regelung der Prozessvertretung keine Bestimmungen über die Stellvertretung. Aus der Selbstverständ-

11 Stadtrechten 29. Tit. Art. 6. Dazu wird aber ein späterer Ratsbeschluss von 1636 zitiert, wonach Ehefrauen sich im Beisein ehrlicher Zeugen freiwillig für ihre Ehemänner verpflichten können. Für andere Geschäfte blieben sie bevogtet (d.h. bevormundet): z.B. Auftreten vor Gericht (im Widerspruch zur Regelung der Prozessvertretung), Testieren etc.
1751 wurde die Bevogtung in eine Beistandschaft umgewandelt.

lichkeit, mit der aber dort Bevollmächtigte zugelassen wurden, darf darauf geschlossen werden, dass der Bevollmächtigungsvertrag oder ähnliche Verträge auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung verbreitet gewesen sind und, ähnlich wie in Bern auf Grund des Werkes von Mutach, nach gemeinem Recht beurteilt wurden.

III. Die Regelung der Vertretung in den Gesetzen des 19. Jahrhunderts

A. Die Vertretung im Prozess

Der solothurnische Zivilprozess, so wie er in den "Stadtrechten" geordnet war, vermochte auf die Dauer nicht zu genügen. So erliess man mehrfach neue Prozessgesetze, so zu Beginn der Mediation 1803, zu Beginn der Regeneration 1832 sowie im Jahre 1839. An der Ordnung der Vertretungsverhältnisse änderte dies alles sehr wenig. Auch in der Civilprozessordnung vom 13. Dezember 1839 wurde als oberstes Prinzip, wie schon im Stadtrecht von 1604, festgehalten:

"§ 1 Jede Partei kann, soweit sie freies Verfügungsrecht hat, ihre Rechtsstreitigkeiten entweder selbst führen, oder sich durch einen Bevollmächtigten vertreten lassen."

Obwohl damals der Bevollmächtigungsvertrag im solothurnischen Recht nicht geregelt war, geht aus den §§ 1 und 4 CPO¹² doch hervor, dass die Vertretung durch einen Anwalt vor Gericht unmittelbare Rechtswir-¹³kungen im Vertretenen hervorrief, da ja in der schriftlichen Vollmacht

12 § 4 CPO: Wer in einer Rechtssache eine Partei vertreten will, hat sich über seine Befugnisse durch eine schriftliche Vollmacht, oder durch eine, von der Partei zu Protokoll zu gebende, Erklärung auszuweisen.

13 Vgl. auch das Formularbuch für den Kanton Solothurn, Zürich o. J. (nach 1842), S. 14 ff.

oder der zu Protokoll gegebenen Erklärung der Partei ebendies enthalten sein musste.

Im Vergleich zum "Stadtrechten" wurde auch die Vertretungsbefugnis der Verwandten auf einen viel engeren Kreis beschränkt.

B. Die gesetzliche Vertretung

Die im Stadtrechten an sich ausführlich geregelte gesetzliche Vertretung erfuhr im Jahre 1836 eine Neuordnung durch das "Gesetz über das Vormundtschaftswesen." Aenderungen ergaben sich für unser Problem nicht in grossem Umfange. Der Kreis der zu bevormundenden Personen war fast gleich gezogen wie im Stadtrechten¹⁴. Genauer definiert wurde die Stellung des Sachwalters¹⁵. Die Geschlechtsbeistandschaft für die Frau wurde eingeschränkt¹⁶.

Grundlegend neu, im positivsten Sinne liberal, war die Vorschrift, wonach die Mutter bei Ableben des Vaters ipso iure die Vormundtschaft über ihre Kinder zugesprochen erhielt, solange sie sich nicht wieder verhehelichte:

"Nach des Vaters Tod oder Unfähigkeit haben in folgender Ordnung immer zuerst

- a. die nicht wieder verheiratete Mutter
- (b. ff. weitere Verwandte)

14 Minderjährige; Volljährige gem. § 5 Vormundschaftsgesetz, wobei aber Verschwender, im Gegensatz zu früher, nur eines Vertreters bedurften, wenn "der Verschwender sich und seine Familie künftiger Dürftigkeit preisgibt." (§ 5 Abs. c)

15 § 6 Vormundschaftsgesetz.

16 § 7 und § 55 Vormundschaftsgesetz, wonach die verbeiständete Frau nur noch zu einigen wenigen, wichtigen Angelegenheiten einen Beistand benötigte. Das Verbot des Erscheinens vor Gericht ohne Beistand brachte allerdings gegenüber dem Stadtrechten einen Rückschritt!

sofern sie die Kinder in ihrer Gewalt haben, das Recht, die Vormundschaft über dieselben zu führen"¹⁷.

Ansonsten wurde das neue Vormundschaftsgesetz nicht überall positiv beurteilt¹⁸.

Das solothurnische CGB brachte eine Bestätigung dieser Fortschritte. So wurde vor allem die Geschlechtsbeistandschaft gänzlich abgeschafft:

§ 31 sol. CGB: Die Rechte beider Geschlechter sind einander gleich, sofern das Gesetz nicht besondere Ausnahmen macht. Namentlich können volljährige, unverheiratete Weibspersonen, ohne Verbeistandung, civilrechtliche Handlungen vornehmen.

Die verheiratete Frau aber wurde nach wie vor durch ihren Ehemann vertreten:

§ 188 CGB: Er (der Ehemann, Anm.) ist verpflichtet, seine Frau in ihren rechtlichen Angelegenheiten gegen andere zu vertreten.

Weitere Einschränkungen ergaben sich für die Ehefrau aus dem Güterrecht und auch aus der Bestimmung, dass sie nur über die Schlüsselgewalt verfügte¹⁹.

Kinder mussten durch ihre Eltern (d. h. im Normalfall durch ihren Vater) vertreten werden:

§ 264 CGB: Kinder, welche in der Gewalt ihrer Eltern stehen, müssen in ihren rechtlichen Handlungen durch diese vertreten werden, insbesondere ist jeder Vertrag, den sie ohne Mitwirkung derselben schliessen, in der Regel für sie unverbindlich.

¹⁷ § 9 Vormundschaftsgesetz.

¹⁸ Walliser, a. a. O. S. 163 ff., erstmals gedruckt in Walliser Dissertation, Der statisch-konservative Gehalt des solothurnischen Zivilgesetzbuches von 1841-1847, Diss. Basel, 1946, S. 39 ff.

¹⁹ § 192 f. CGB.

Für die Vertretung der Bevormundeten²⁰ galten nach § 366 sol. CGB die Vorschriften, nach denen Vertragsabschlüsse von noch unter elterlicher Gewalt stehenden Kindern beurteilt wurden (d. h. nach § 264 ff. CGB). Bevogtet wurden grundsätzlich volljährige, zur Führung ihrer Geschäfte aber offensichtlich untaugliche Personen. Wie bei der Vormundschaft, waren auch bei der Bevogtung gem. § 386 CGB die Normen von §§ 264 und 265 anwendbar.

Als Ausdruck der von Reinert verfolgten Gleichstellung der Geschlechter mag gelten, dass die Ehefrau nach § 385 CGB *ipso iure* die Vogtmannschaft über ihren Ehemann zugesprochen erhielt, falls dieser zur Führung seiner Geschäfte nicht mehr taugte.

C. Die gewillkürte Vertretung

Das Stadtrecht enthielt keine vollständige, vor allem aber keine zeitgemässe Regelung des Obligationenrechts²¹. So musste sich Reinert auch bei diesem wichtigen Teil der Privatrechtskodifikation auf fremde Vorbilder stützen, genau so wie Pfyffer vor ihm in Luzern, da ihm, wie diesem, die Zeit mangelte²², von Grund auf etwas Neues zu schaffen. Er benutzte für seine Arbeit hauptsächlich zwei bereits bewährte Gesetzbücher, das österreichische ABGB und das bernische CGB.

Im Gegensatz aber zu Pfyffer, der für das luzernische CGB weite Teile vor allem des Obligationenrechts fast wörtlich dem bernischen CGB ent-

20 Nach § 360 CGB wurden unter Bevormundeten nur noch Minderjährige verstanden, die sich nicht mehr unter elterlicher Gewalt befanden, nicht aber handlungsunfähige Erwachsene.

21 Dazu ausführlich Aerni, a. a. O. S. 248, der auch darauf verweist, dass Staal Sachen- und Obligationenrecht nicht trennte.

22 Er bekleidete zur Zeit der Regeneration verschiedene öffentliche Aemter, u. a. war er zur Zeit der Kodifikation des OR Regierungsrat. Vgl. dazu Walliser, a. a. O. S. 97-100.

nahm, bemühte sich Reinert, zum mindesten der Form, vielfach aber auch dem Inhalt nach, Neues, Besseres zu schaffen.

Die Eigenständigkeit der Reinert'schen Kodifikation ergibt sich schon aus der Verschiedenheit im Aufbau des Abschnitts über den Bevollmächtigungsvertrag im ABGB, im bern. CGB und im sol. CGB²³ (s. Tabelle S. 95).

Zunächst einmal verzichtete Reinert auf die Definition des Bevollmächtigungsvertrages in einem separaten Paragraphen. Er nahm diese vielmehr an den Beginn der Allgemeinen Vorschriften, Rechte und Verbindlichkeiten des Geschäftsmanns (d.h. des Bevollmächtigten), indem er ausführte:

§ 1283 sol. CGB: "Derjenige, der im Namen und aus Auftrag eines andern die Besorgung eines Geschäftes übernimmt ..."

Die Formulierung "im Namen und aus Auftrag eines andern" ist eine Kombination von S. 783 bern. CGB²⁴ und § 1002 ABGB²⁵. Der erste Entwurf Reinerst enthielt noch den Ausdruck "aus Auftrag eines andern und auf dessen Rechnung und Gefahr"²⁶. Diese unpräzise Formulierung, die das Phänomen der unmittelbaren Drittberechtigung und -verpflichtung durch die Worte "auf dessen Rechnung und Gefahr" umschreiben wollte, findet sich schon im zweiten Entwurf nicht mehr²⁷.

Eine Unterscheidung zwischen den verschiedenen Arten von Vollmachten traf Reinert für das solothurnische Recht nicht. Diese ergab sich aus der Praxis²⁸.

23 Materiell aber bezog sich Reinert sehr stark auf die oben genannten Kodifikationen. In der Zentralbibliothek Solothurn befindet sich sein erster, gedruckter Entwurf von 1844 mit eigenhändigen Randnotizen, worin er u. a. den den fremden Kodifikationen entnommenen Rechtsstoff kenntlich macht.

24 "auf den Auftrag eines andern an seiner Stelle".

25 "im Namen des Andern".

26 Entwurf 1844, § 1307.

27 Entwurf 1846, § 1288; Entwurf 1847, § 1282.

28 Formularbuch für den Kanton Solothurn, o. J. u. O., S. 14 ff.

- 1 Definition (§§ 1002-1003)
- 2 Eintheilung des Bevollmächtigung (§§ 1004-1008)
- 3 Rechte und Verbindlichkeiten des Gewalthabers (§§ 1009-1013)
- 4 Rechte und Verbindlichkeiten des Gewaltgebers (hinsichtlich des Gewalthabers: §§ 1014-1016)
- in Rücksicht eines Dritten (§§ 1017-1019)
- 5 Auflösung des Vertrages (§§ 1020-1026)
- 6 Stillschweigende Bevollmächtigung von Dienstpersonen (§§ 1027-1033)
- 7 Gerichtliche und gesetzliche Bevollmächtigung (§ 1034)
- 8 Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 1035-1044)

- 1 Definition (S. 783-785)
- 2 Allgemeine und besondere Vollmacht (S. 786)
- 3 Verpflichtung und Rechte:
 - a) des Bevollmächtigten (S. 787-790)
 - b) des Vollmachtgebers (S. 791)
- 4 Auflösung der Vollmacht (S. 792-794)
- 5 Vermuthliche Vollmacht (S. 795)

- 6 Geschäftsführung ohne Auftrag (S. 796)

I. Allgemeine Vorschriften

- 1) Rechte und pflichten des Geschäftsmanns (§§ 1283-1288)
- 2) des Vollmachtgebers (§§ 1289-1292)

- 3) Verhältnis zu dritten Personen (§§ 1293-1295)
- 4) Erlöschen der Vollmacht (§ 1296)

II. Einzelne Fälle

- 1) Gewerbsleute (§§ 1297-1298)
- 2) Rechtsgeschäfte (§ 1299)
- 3) Verwalter (§ 1300)
- 4) Dienstboten (§ 1301)

- 5) Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 1302)
- 6) Bestreiten eines Aufwandes (§ 1303)
- 7) Preisgeben einer Sache (§ 1304)

Dem Bevollmächtigten wurde das Recht eingeräumt, alle innerhalb der Grenzen der Vollmacht liegenden, erlaubten Mittel einzusetzen, welche zur Erreichung der Absicht des Vollmachtgebers geeignet waren²⁹. Das Substitutionsrecht war gewährleistet:

§ 1284 sol. CGB: "Der Bevollmächtigte darf das Geschäft einem andern übertragen, er ist aber dem Vollmachtgeber für die Handlungen des Stellvertreters verantwortlich.

Ist jedoch die Bestellung eines Stellvertreters ausdrücklich gestattet, oder wird dies durch die Umstände unvermeidlich, so haftet der Bevollmächtigte nur dann, wenn er bei der Auswahl der Person nicht die gehörige Sorgfalt angewendet hat."

Reinert zog hier die Lösung des ABGB derjenigen Schnells vor, indem er die Haftung des Bevollmächtigten für seinen Stellvertreter nicht nur bei ausdrücklicher Erlaubnis der Substitution auf dessen Wahl beschränkte, sondern auch dann, wenn die Substitution durch die Umstände unvermeidlich wurde³⁰.

Dem sol. SGB fehlt eine analoge Bestimmung zu S. 789 bern. CGB und § 1009 ABGB, wonach der Bevollmächtigte die ihm übertragenen Geschäfte "mit demselben Grad von Aufmerksamkeit, den ein ordentlicher Hauswirth auf seine eigenen Geschäfte verwendet", bzw. "emsig und redlich" besorgen solle.

§ 1285 sol. CGB: "Wird mehreren Bevollmächtigten zugleich ein Geschäft übertragen, so ist zur Gültigkeit desselben die Mitwirkung aller notwendig, sofern die Vollmacht nicht etwas anderes bestimmt."

entspricht, bis auf den letzten Nebensatz, dem § 1011 ABGB ("wenn nicht ausdrücklich Einem oder Mehreren aus ihnen die volle Befugnis in der Vollmacht erteilt worden ist").

29 § 1283 sol. CGB; identisch S. 787 bern. CGB.

30 S. 787 Bern. CGB, § 1010 ABGB.

Die allgemeine Haftung des Bevollmächtigten aus Verschulden dem Vollmachtgeber gegenüber³¹ wurde im sol. CGB stark abgewandelt:

§ 1286 Abs. 2 sol. CGB: "Wenn er (der Bevollmächtigte) die Vollmacht ohne erhebliche Gründe vor der Zeit aufkündigt, so ist er dem Vollmachtgeber für den Schaden verantwortlich, der ihm daraus entsteht."

§ 1288 sol. CGB, der den Bevollmächtigten zur Rechnungsablage verpflichtet und zur Herausgabe all dessen, was er dem Vollmachtgeber aus der Geschäftsführung schuldet, ist eine sprachliche Neufassung von S. 790 bern. CGB.

Die Rechte und Pflichten des Vollmachtgebers im sol. CGB sind in vier Paragraphen klarer formuliert als in S. 791 bern. CGB, weisen aber, mit Ausnahme der fehlenden Vorschrift, Vorschüsse mit 4% zu verzinsen, keine Unterschiede auf. S. 791 Abs. 2 bern. CGB, wonach mehrere Vollmachtgeber dem Bevollmächtigten solidarisch haften, fehlt³², dafür wird die Befugnis des Vollmachtgebers, seine Vollmacht nach Gutdünken zu widerrufen, schon hier ein erstes Mal erwähnt.

Eine Belohnung musste dem Bevollmächtigten nur ausgehändigt werden, wenn sie verabredet oder üblich war³³.

Die unmittelbare Drittberechtigung und -verpflichtung des Vollmachtgebers durch Handlungen des Bevollmächtigten ist in § 1293 sol. CGB festgehalten:

31 S. 789 bern. CGB; § 1012 ABGB.

32 ergibt sich aber aus § 982 sol. CGB: Wenn mehrere Personen gemeinschaftlich für eine und dieselbe Leistung verpflichtet sind, so haftet Jede derselben für die ganze Schuld, und zwar so, dass der Gläubiger einen einzelnen Mitschuldner für das Ganze, oder Jeden derselben für seinen Theil belangen kann.
Wird er in dem einen oder anderen Falle nicht befriedigt, so kann er das Mangelnde von den übrigen Schuldnern fordern.

33 § 1291 sol. CGB; S. 784 bern. CGB; § 1004 und § 1013 ABGB.

"Durch die Handlungen des Bevollmächtigten werden zwischen dem Vollmachtgeber und dritten Personen unmittelbar Rechte und Verbindlichkeiten begründet, sofern der Bevollmächtigte denjenigen Personen, mit denen er in Verkehr tritt, anzeigt, in wessen Namen er handle und innert den Grenzen seiner Vollmacht bleibt."

Der letzte Nebensatz ist überflüssig, denn er ergibt sich aus § 1283 und dem ersten Teil des § 1293 sol. CGB von selbst.

Der Grundsatz, dass der Bevollmächtigte den Vollmachtgeber nur insoweit vertreten konnte, als die Vollmacht reichte, ist in § 1294 festgehalten. Der Sinn dieses Paragraphen ergibt sich aber schon aus der Auslegung von § 1293. Schloss der Bevollmächtigte nach Auflösung des Bevollmächtigungsvertrages mit Dritten Verträge ab, so waren diese sowohl für den Dritten als auch für den Vollmachtgeber verbindlich; diesem stand jedoch ein Rückgriffsrecht auf den vollmachtlosen Vertreter zu³⁴.

Wie nach solothurnischem Recht hätte entschieden werden müssen, wenn der Vollmachtgeber einen handlungsunfähigen Vertreter zum Abschluss von Rechtsgeschäften ermächtigt hätte, lässt sich dem CGB nicht entnehmen. Da aber die Bestimmungen über die Handlungsfähigkeit (bzw. den Zustand eigenen Rechts) den Zweck verfolgen, Minderjährige oder andere zur Besorgung ihrer Geschäfte Unfähige zu schützen, nicht etwa mit ihnen in Verkehr tretende Drittpersonen, ergibt sich auch für das sol. CGB, genauso wie für das ABGB³⁵, die Verbindlichkeit von durch handlungsunfähige Bevollmächtigte abgeschlossenen Verträgen sowohl für den Vollmachtgeber als auch für den Dritten. Im Innenverhältnis Vollmachtgeber - Bevollmächtigter wäre dann aber wieder auf die Handlungsunfähigkeit des Vertreters abzustellen gewesen, so z.B. bei Regressansprüchen, da jemand, der nicht eigenen Rechts war, auch keinen Bevollmächtigungsvertrag abschliessen konnte.

33 § 1291 sol. CGB; S. 784 bern. CGB; § 1004 und § 1013 ABGB.

34 § 1295 sol. CGB; S. 794 bern. CGB; § 1026 ABGB.

35 § 1018 ABGB. Das bern. CGB enthält diese Norm ebenfalls nicht.

Dass geheime Instruktionen auf den nach aussen erkennbaren Umfang der Vollmacht keinen Einfluss besaßen, hielt Reinert nicht ausdrücklich fest³⁶.

Der Bevollmächtigungsvertrag wurde aufgehoben³⁷

1. durch den Tod des Vollmachtgebers oder des Bevollmächtigten, ebenso durch den Verlust eigenen Rechts des Vollmachtgebers³⁸;
2. durch den Widerruf des Vollmachtgebers;
3. durch die Aufkündigung des Bevollmächtigten;
4. durch die Beendigung des Geschäfts (zu dessen Besorgung sie ausgestellt wurde).

Diese Liste deckt sich mit derjenigen des CGB von Bern. Eine Ausnahme bildet nur § 1296 Ziff. 1 sol. CGB, da der Verlust eigenen Rechts beim Bevollmächtigten nicht von selbst zur Auflösung des Bevollmächtigungsvertrages führte wie im bernischen Recht³⁹. Das ABGB kannte in dieser Richtung nur den Konkurs als Auflösungsgrund⁴⁰.

Das bernische CGB regelt die "vermutliche Vollmacht" in nur einer einzigen Satzung (S. 795) ohne des näheren in Details Regelungen zu treffen. Das sol. CGB geht darüber hinaus, indem es neben der vermutlichen Bevollmächtigung von Angestellten von Handels- und Gewerbetreibenden (§§ 1297 und 1298) noch weitere Fälle aufführt; die Vertretung in Rechtsgeschäften und in Betreibungsangelegenheiten⁴¹, den angestellten Verwalter⁴² und die Dienstboten⁴³, die aber ausdrücklich nicht als stillschweigend bevollmächtigt gelten.

36 wie S. 788 bern. CGB und § 1017 ABGB: Die dem Gewalthaber erteilte geheime Vollmacht hat auf die Rechte des Dritten keinen Einfluss.

37 § 1296 sol. CGB.

38 siehe oben sub "Gesetzliche Vertretung".

39 S. 792 Ziff. 1 bern. CGB; dafür wie Solothurn § 610 Ziff. 1 luz. BGB.

40 § 1024 ABGB.

41 § 1299 sol. CGB.

42 § 1300 sol. CGB.

43 § 1301 sol. CGB.

Auch die Geschäftsführung ohne Auftrag regelte Reinert ausführlicher als Schnell im bernischen CGB. Er übernahm wörtlich sämtliche drei Paragraphen aus Pfyffers luzernischen BGB⁴⁴. Das einzige, was an der solothurnischen Kodifikation hier neu war, waren die Randtitel; als eigentliche Geschäftsführung ohne Auftrag wurde nur die sich auch im bern. CGB findende Geschäftsbesorgung für einen Dritten zur Abwendung von Schaden verstanden, während die Erbringung einer Leistung, zu der ein Dritter verpflichtet gewesen wäre, unter dem Randtitel "Bestreiten eines Aufwandes" figuriert⁴⁵, die Aufopferung des Eigentums, um Schaden von einem Dritten abzuwenden⁴⁶, unter "Preisgeben einer Sache".

44 §§ 614-616 luz. BGB; §§ 1302-1304 sol. CGB.

45 § 1042 ABGB.

46 § 1043 ABGB.

4. Abschnitt

DIE REGELUNG DER VERTRETUNG IM KANTON AARGAU

I. Gesetzgebungsgeschichte¹

Der Kanton Aargau war vor der Helvetik weder politisch noch rechtspolitisch eine Einheit. Er zerfiel in verschiedene, von den regierenden Orten der alten Eidgenossenschaft abhängige Gebiete. Demgemäss war im Aargau bis zum Erlass der jeweiligen kantonalen Gesetze bernisches, luzernisches, kanonisches, römisches und österreichisches Recht in Kraft. Die Rechtsvereinheitlichung war deswegen ein äusserst dringendes staatspolitisches Problem, in erster Linie auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts, aber auch auf dem Gebiet des Privatrechts.

Schon 1810 wurde Samuel Ludwig Schnell, der nachmalige Verfasser des bernischen CGB, beauftragt, auf der Grundlage des Code Napoléon einen Entwurf zu einem aargauischen Zivilgesetzbuch auszuarbeiten. Dieser Entwurf wurde aber nie vollendet. Im Jahre 1822 wurde Rudolf Feer mit dem Amt eines Gesetzesredaktors betraut. Als Richtschnur sollte ihm das österreichische ABGB dienen, zur Ergänzung der waadtländische Code civil.

Der allgemeine Teil und das Personenrecht traten am 1. Januar 1828 in Kraft; 1833, nach der Machtübernahme durch die Radikalen, lehnte es Feer ab, die restlichen Gebiete des Zivilrechts weiter zu bearbeiten.

An seine Stelle traten K. L. Bruggisser und Franz Waller, die das von Feer begonnene Werk zu Ende führten und das Personenrecht, nach fast zwanzig Jahren Geltung, revidierten. Die einzelnen Teile des "Bürgerlichen Gesetzbuches" wurden in den Jahren 1847-1855 in Kraft gesetzt.

¹ Huber, IV 192 f., I 56.
Elsener, Rechtsschulen, 331 ff.

II. Die Regelung der Vertretung im 19. Jahrhundert unter Berücksichtigung des älteren Rechts

A. Die Vertretung im Prozess

In den "Rechtsquellen des Kantons Argau"² finden wir wenige Stellen, die von der Prozessvertretung handeln. Die meisten dieser wenigen Stellen beinhalten dazu noch die Vertretung im Strafprozess, so z.B. die Landtagsordnung von 1596, wo die Funktion des Fürsprechers sehr genau beschrieben wird³. Die Pflicht zur Uebernahme des Fürsprecheramtes war allgemein:

"Es habend myn herren räth vnd burger einhellig abgerathen vnd erkent, das fürthin, wan einer myner herren zu einem fürsprechen angesprochen wirt, er sige wär er wöll, so soll der angesprochen schuldig vnd verbunden sein, dem begährenden sein red darzuthun, er sige glych zu vor am gricht sein fürsprech gsyn oder nit"⁴.

Die Gerichtsordnung der Stadt Rheinfelden von 1530 enthält einen privatrechtlichen Prozessgang. Die Funktion des Fürsprechers bestand auch hier darin, für seine Partei das Wort zu führen oder diese zu vertreten. Die Befugnisse, die dem Anwalt zur Führung des Prozesses erteilt werden mussten, sind in Nr. 13 aufgezählt; er musste die Klage führen und befugt sein, die Gegenklage zu hören und zu verantworten und seinerseits Gegenklagen anzustellen. In Nr. 14 finden sich die Substitutionsmöglichkeit und die unmittelbare Drittberechtigung und -verpflichtung des Prinzipals durch den Anwalt:

-
- 2 Die Rechtsquellen des Kantons Aargau, hrsg. von W. Merz und F. E. Welter, in "Sammlung Schweizerischer Rechtsquellen", Aarau 1899 ff.; alle Bände.
 - 3 Die Rechtsquellen des Kantons Argau, 1. Teil: Stadtrechte, 1. Band: Das Stadtrecht von Arau, hrsg. von W. Merz, S. 297 ff. (Nr. 191).
 - 4 a. a. O. S. 342 (Nr. 249; Pflicht zum Fürsprecheramt, 1613, 15/25. Heumonats).

"... doch was in der hauptsach geurteytl wurd, das soll gegen dem principal vnd nit gegen dem anwald erstattet werden ...⁵"

Die Prozessordnung von 1838 brachte eine klare Regelung der Vertretung im Prozess, der das Mandat zugrunde gelegt wurde. Die Vertretung vor Gericht war selbstverständlich zugelassen, deren Ausübung aber auf einen engen Personenkreis beschränkt. Es waren dies der Ehemann für seine Ehefrau, der Vater für seine minderjährigen Kinder, der Vormund oder Curator für seine Schützlinge⁶ und die vom Staat anerkannten Anwälte für beliebige Dritte⁷. Die eigentliche Bevollmächtigung und auch die Wirkung der Stellvertretung waren in der aarg. PO 1838 sehr rudimentär geregelt. Nach § 50 aarg. PO 1838 hatte "jeder, der in eines Andern Namen vor Gericht tritt, eine Vollmacht desselben aufzuweisen", die entweder schriftlich oder mündlich (durch Erklärung zu Protokoll wie in Luzern) ausgestellt werden konnte. Der Inhalt der Vollmachtsurkunde wurde genau festgelegt⁸ und auch eine Unterscheidung in allgemeine und besondere Vollmachten vorgenommen⁹. Für gewisse Rechtshandlungen bedurfte man einer Spezialvollmacht¹⁰. Für die Aufkündigung der Vollmacht wurde auf die gesetzlichen Bestimmungen über das Auftragsverhältnis verwiesen, die damals noch gar nicht existierten¹¹.

5 Die Rechtsquellen des Kantons Argau, 1. Teil: Stadtrechte, 7. Band: Das Stadtrecht von Rheinfelden, hrsg. von F.E. Welti, Arau 1917, S. 231 ff. (Nr. 236).

6 § 58 Abs. a-c aarg. PO von 1838.

7 § 60 aarg. PO von 1838; früher schon § 1 Gesetz betr. die Ausübung des Advocaturberufes vom 12. Dez. 1833.

8 § 53 aarg. PO von 1838.

9 im Ergebnis gleich wie § 1006 ABGB.

10 § 54 aarg. PO von 1838.

11 Eine ausführliche Darstellung der Prozessvertretung enthält Abr. Hämmerli, Der Rechtsfreund für den Canton Aargau, Zürich 1842, 93 ff.

Es handelt sich aber bei dieser Schrift um eine blossе Kompilation aus der aarg. PO von 1838, dem Schnell'schen Handbuch über den Civilprozess, dem bern. CGB und dem luz. BGB.

In der aarg. PO von 1851 wurde, im Gegensatz zur PO von 1838, die Vertretungsmöglichkeit durch Bevollmächtigte ausdrücklich¹² festgehalten; ansonsten ergaben sich in den wesentlichen Punkten keine Aenderungen.

B. Die gesetzliche Vertretung

Die Regelung der gesetzlichen Vertretung in den verschiedenen aargauischen Aemtern entsprach derjenigen des die Herrschaft ausübenden Standes, i. d. R. also derjenigen Berns.

Nach dem aargauischen ABGB von 1826 resp. 1848 war der Ehemann verpflichtet, seine Gemahlin in rechtlichen Angelegenheiten zu vertreten¹³, ebenso als Inhaber der elterlichen Gewalt seine Kinder¹⁴. Die elterliche Gewalt ging nach dem Tode des Vaters (oder seiner anders begründeten Unfähigkeit, diese auszuüben) an die Mutter über, nicht aber die Vertretungsbefugnis für ihre Kinder¹⁵, da der Aargau noch die Geschlechtsbeistandschaft kannte. Die Kinder waren grundsätzlich bis zur Erreichung der Volljährigkeit unfähig, sich zu verpflichten¹⁶.

Das 4. Hauptstück des Personenrechts, Von der Vormundschaft, enthielt Normen über die eigentliche Vormundschaft, die Pflegschaft und die Beistandschaft. Die Vormundschaft und die Pflegschaft (ausser sie sei nur

12 § 47 aarg. PO von 1851.

13 § 51 aarg. ABGB.

14 § 174 aarg. ABGB, ebenso § 197: "Dem Vater liegt die Verbindlichkeit ob, seine minderjährigen Kinder zu vertreten."

15 § 174 fin. aarg. ABGB: "... so vertritt die Mutter seine Stelle." Inwiefern die Mutter überhaupt fähig war, ihre Kinder zu vertreten, geht aus dem Wortlaut des ABGB nicht hervor, erklärt doch § 288 Frauen ganz allgemein zur Ausübung der Vormundschaft unfähig und § 401 zum Erscheinen vor Gericht; dazu belegt § 409 ein Aufsichtsrecht des Beistandes über eine die elterliche Gewalt ausübende Mutter.

16 § 204 aarg. ABGB.

zur persönlichen Aufsicht oder Erziehung des Schutzbefohlenen errichtet worden¹⁷⁾ schlossen die Vertretung der Bevormundeten mit ein¹⁸⁾.

Diese Pflicht zur Vertretung vor Gericht und ausser demselben enthielt schon das Handgelübde bei Antritt der Vormundschaft¹⁹⁾, ebenso § 331 aarg. ABGB, der dem Vormund noch einmal die Vertretung des Schutzbefohlenen auferlegte:

"Der Schutzbefohlene kann sich in einem bürgerlichen Rechtsstreite weder als Kläger noch als Beklagter vor Gericht stellen, sondern der Vormund muss ihn entweder selbst vertreten oder durch einen Andern vertreten lassen."

Ebensowenig wie ein Minderjähriger konnte sich ein Bevormundeter selbst verpflichten:

"Der Schutzbefohlene ist zwar berechtigt, durch erlaubte Handlungen ohne Mitwirkung seines Vormundes etwas für sich zu erwerben; allein er kann ohne dessen Einwilligung weder etwas von dem Seinigen veräussern, noch eine Verpflichtung auf sich nehmen"²⁰⁾.

Wesentlich bei der Geschlechtsbeistandschaft war, dass der Verbeiständeten ein relativ weiter Spielraum blieb, innerhalb dessen sie sich frei verpflichten konnte. Genauso wichtig war, dass der Beistand ohne Mitwirkung der Verbeiständeten keine deren Vermögen betreffende Rechtsgeschäfte abschliessen konnte. Wenn auch die Geschlechtsbeistandschaft im Kanton Aargau nicht so rasch abgeschafft wurde wie im Kanton Bern, so zeigten sich gegen diese Institution doch namhafte Widerstände²¹⁾.

17 gemäss § 252 aarg. ABGB.

18 siehe 19.

19 § 298 aarg. ABGB.

20 § 331 aarg. ABGB.

21 A. Hirzel, ABGB für den Kanton Aargau, I. Band: Einleitung und Personenrecht, Aarau 1867, S. 143, Nr. 5; dort zit. Erwägung des Obergerichts von 1863: "Heutzutage aber, wo die Mädchen den gleichen Unterricht erhalten wie die Knaben, und wo die ganze Richtung der Zeit die Menschen lehrt und antreibt, Vorthail und Nachtheil wohl zu erwägen, dürfte die ausnahmsweise Vorsorge des Staates für das weibliche Geschlecht kaum mehr erforderlich und zu rechtfertigen sein!"

C. Die gewillkürte Vertretung

Das aargauische ABGB trat als letzte der vier Kodifikationen der Berner Gruppe in Kraft²². In der Zwischenzeit waren noch andere bedeutende schweizerische Kodifikationen, so vor allem in der Westschweiz, erlassen worden.

Der Aufbau des Kapitels über den Bevollmächtigungsvertrag²³ lehnte sich, im Vergleich etwa zum solothurnischen CGB, wieder viel stärker ans bernische CGB an, wobei aber anzuerkennen ist, dass trotz der grossen Aehnlichkeit einiger Punkte eingehender und vor allem sprachlich besser behandelt waren als in der Schnell'schen Kodifikation²⁴.

Die starke Anlehnung des aargauischen Zivilgesetzbuches an das bernische Vorbild zeigt schon ein kurzer Blick auf den Aufbau des Kapitels über den Bevollmächtigungsvertrag in den beiden Gesetzeswerken:

Vergleich zwischen dem bern. CGB und dem aarg. ABGB

<u>Aarg. ABGB</u>	<u>Bern. CGB</u>
I. Bevollmächtigungsvertrag	
1 Begriff (§ 759)	1 Begriff (S. 783-785)
-	2 Allgemeine und besondere Vollmachten (S. 786)
2 Stellvertretung des Bevollmächtigten (§ 760)	S. 787 fin.

22 abgesehen vom 1. Band, dem von Johann Jakob Rudolf Feer verfassten Personenrecht (inkl. Einleitungsartikel), das schon 1828 in Kraft gesetzt wurde. Vgl. Elsener, 333.

23 Eine Ordnung der Stellvertretung im allgemeinen Teil des OR kannte auch das aarg. ABGB nicht.

24 Schnell wurde 1810 beauftragt, ein aarg. ABGB zu verfassen, wozu er den Code civil als Vorbild zu benützen gedachte. Näheres bei Roth, Samuel Ludwig Schnell, S. 27.

<u>Aarg. ABGB</u>	<u>Bern. CGB</u>
3 Mehrheit der Bevollmächtigten (§ 761)	-
4 Wirkung der Vollmacht (§§ 762 und 763)	S. 788
5 Verpflichtungen des Bevollmächtigten (§§ 764 und 765)	3 Verpflichtung und Rechte: a) des Bevollmächtigten (S. 787-790)
6 Verpflichtungen des Vollmachtgebers (§ 766)	b) des Vollmachtgebers (S. 791)
7 Auflösung der Vollmacht (§§ 770-772)	4 Auflösung der Vollmacht (S. 792-794)
8 Dienstboten (§ 769)	
9 Vermuthete Vollmacht der Geschäftsführer und Angestellten (§§ 767 und 768)	5 Vermuthliche Vollmacht (S. 795)
II. Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 773-775)	6 Geschäftsführung ohne Auftrag (S. 796)

Die Definitionen des Bevollmächtigungsvertrages sind in den beiden Kodifikationen praktisch identisch²⁵. Dagegen fehlt dem aarg. ABGB, wie schon dem sol. CGB, eine Einteilung der Bevollmächtigung in allgemeine und besondere Vollmachten²⁶.

Bei der Behandlung des Substitutionsrechts übernahm Waller fast wörtlich die Fassung Reinerts aus dem sol. CGB²⁷, ebenso seinen § 761 über die Mehrheit von Bevollmächtigten²⁸.

25 Hirzel trennte im Ansatz schon das Innen- und das Aussenverhältnis, indem er zwischen der Stellvertretungsbefugnis einerseits und den gegenseitigen Verbindlichkeiten zwischen den beiden Vertragschliessenden (d. h. zwischen Mandant und Mandatar!) unterschied. Hirzel, a. a. O. 88.

26 Die Unterscheidung wurde natürlich trotzdem getroffen. Vgl. Hirzel, a. a. O. 87/88.

27 § 1284 sol. CGB; ebenso § 1010 ABGB.

28 § 1285 sol. CGB. Bei Bevollmächtigung mehrerer war deren gemeinsames Handeln für die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts erforderlich.

§ 762, der von der Wirkung der Vollmacht handelt, stammt wiederum aus dem bern. CGB²⁹:

"Durch die Handlungen, welche der Bevollmächtigte innerhalb der Grenzen der Vollmacht vornimmt, kann er auch für den Vollmachtgeber Rechte erwerben und Verbindlichkeiten begründen."

Die ungenaue Fassung der Zulassung der unmittelbaren Drittberechtigung und -verpflichtung wirft die Frage auf, ob denn der aargauische Gesetzgeber die in keiner anderen neueren Kodifikation mehr enthaltene adjektivische Haftung wieder einführen wollte. Hirzel gibt darauf eine ausweichende Antwort, indem er in seinem Kommentar (S. 89) ausführt:

"Wenn z.B. B mit Vollmacht des A mit C im Namen des A einen Vertrag abschliesst, so wird nicht etwa zunächst der handelnde B mit C verbunden, sondern in erster Linie A, sei es, dass für A eine Forderung erworben, sei es, dass A zum Schuldner des C wird."

Diese Antwort lässt an sich die Möglichkeit des Bestehens einer adjektivischen Haftung offen. Auch aus § 763 aarg. ABGB, der die persönliche Haftung des Bevollmächtigten bei Ueberschreitung der Vollmacht statuiert, kann man nicht unbedingt mit dem *argumentum e contrario* auf den Wegfall der adjektivischen Haftung schliessen, denn im angegebenen Fall haftet der Bevollmächtigte primär, bei einer Möglichkeit der Mithaftung innerhalb der Grenzen der Vollmacht nur sekundär. Dennoch hält es schwer, sich vorzustellen, dass ausgerechnet die jüngste Kodifikation der Berner Gruppe diesen Rückschritt vollbracht hätte.

Die Paragraphen 764 und 765, die Verpflichtungen des Bevollmächtigten betreffend, sind gänzlich dem bern. CGB (S. 789 und 790) entnommen: Der Bevollmächtigte musste die Geschäfte des Mandanten wie ein ordentlicher Hausvater besorgen, haftete als Geschäftsmann für die erforderlichen Kenntnisse, musste für schuldhaft verursachten Schaden eintreten,

29 S. 788 bern. CGB.

dem Vollmachtgeber alle aus dem Geschäft erwachsenden Vorteile zuzuwenden und ihn in die Geschäftsführung Einblick nehmen lassen.

Die Pflichten des Vollmachtgebers waren im bernischen und im aargauischen Recht ebenfalls gleich geregelt³⁰, ebenso die vermutete Vollmacht der Angestellten für ihren Prinzipal³¹; zusätzlich ordnete § 768 aarg. ABGB noch die Prokura. Dass Dienstboten nicht als Bevollmächtigte ihrer Dienstherrn auftreten konnten, war in der ganzen Berner Gruppe nur gerade für das bern. CGB selbstverständlich. So verfügt auch das aarg. ABGB in § 769 ausdrücklich, Dienstboten würden nicht als Bevollmächtigte ihrer Dienstherrn angesehen.

Das aarg. ABGB führt die üblichen Auflösungsgründe für den Bevollmächtigtungsvertrag an:³²

1. den Tod bzw. den Verlust des Zustandes eigenen Rechts (der aarg. Gesetzgeber nimmt wohl als selbstverständlich an: "des Vollmachtgebers und des Bevollmächtigten). Die bernische Einstellung in der Ehrenfähigkeit ist im Verlust des Zustands eigenen Rechts mitenthalten.
2. Aufkündigung des Vollmachtgebers oder der Bevollmächtigten.
3. Beendigung des Geschäfts, für welches die Vollmacht erteilt wurde.

Der Passus "Der Bevollmächtigte darf ohne erhebliche Gründe die Vollmacht nicht aufkünden" war praktisch ohne Bedeutung, da Hirzel³³ alle Gründe, die einen Bevollmächtigten überhaupt dazu bewegen konnten, das Mandat niederzulegen, als erheblich erklärte.

§ 771 aarg. ABGB: "Stirbt der Vollmachtgeber, verliert er den Zustand eigenen Rechts, oder kündigt der Bevollmächtigte

30 § 766 aarg. ABGB und S. 791 bern. CGB. Eine Ausnahme bildet nur die auch ins aarg. ABGB nicht übernommene Verzinsungsvorschrift für Vorschüsse des Mandatars.

31 § 767 aarg. ABGB und S. 795 bern. CGB.

32 § 770 aarg. ABGB und S. 792 bern. CGB.

33 a. a. O. 95 f.

die Vollmacht auf, so hat der Letztere die Geschäfte, welche keinen Aufschub leiden, noch so lange zu besorgen, bis der Vollmachtgeber oder dessen Vertreter selbst dafür sorgen kann."

entspricht der S. 793 bern. CGB, ebenso wie § 772, der die Gültigkeit der vom Bevollmächtigten nach Erlöschen der Vollmacht mit Dritten, die davon keine Kenntnis besaßen, abgeschlossenen Verträge zum Gegenstand hatte, der S. 794 bern. CGB.

Die Regelung der Geschäftsführung ohne Auftrag deckt sich mit derjenigen des luz. BGB und des sol. CGB³⁴, nur sind die aargauischen Normen klarer und einfacher gefasst. Gegenüber dem bern. CGB, das nur die Geschäftsführung ohne Auftrag zur Abwendung von Schaden zuließ, gingen die übrigen Kodifikationen der Berner Gruppe weiter und schlossen den Ersatz für den Aufwand, den ein Dritter hätte erbringen müssen und den Ersatz für die im Notfall zugunsten Dritter aufgeopferter Sachen mit ein.

34 § 614-616 luz. BGB; § 1302-1304 sol. CGB.

5. Abschnitt

ZUSAMMENFASSUNG

Die gesetzliche Stellvertretung als früheste Form der Vertretung war auf dem Gebiet der vier Kantone der Berner Gruppe z. T. verschieden ausgestaltet und wurde ohne grosse Aenderungen in die Zivilrechtskodifikationen des 19. Jahrhunderts übernommen.

Zur Entwicklung der gewillkürten Stellvertretung (bzw. des Mandats) hat die Regelung der gesetzlichen Vertretung nirgends beigetragen.

Die Vertretung im Prozess war in allen vier Kantonen üblich, allerdings z. T. noch in der archaischen Form des dem Gericht entommenen Fürsprechs. Die Vertretung vor Gericht durch Advokaten oder Prokuratoren brachte erstmals die Möglichkeit, sich im Rahmen der herrschenden Rechtsordnung durch einen Dritten zu verpflichten bzw. durch diesen Rechte zu erwerben. Ob die im Prozess zugelassene Vertretung als Gewohnheitsrecht auch ins materielle Privatrecht einging, konnte nirgendwo festgestellt werden; in der die privatrechtliche Materie ordnenden Gesetzgebung findet sich keine Zulassung des Mandats.

Die Regelung der gewillkürten Stellvertretung in den vier kantonalen Privatrechtskodifikationen blieb auf der Stufe des ABGB stecken; die Ergebnisse der pandektistischen Theorien über die Stellvertretung wurden in ihnen nicht berücksichtigt.

3. Kapitel

DIE REGELUNG DER STELLVERTRETUNG IN DEN GESETZEN DER CODE CIVIL-GRUPPE

1. Abschnitt

DIE REGELUNG DER STELLVERTRETUNG IN GENÈVE

I. Gesetzgebungsgeschichte¹

Entsprechend den verschiedenen politischen Einflüssen, denen Genf im Laufe seiner Geschichte unterworfen war, finden wir im altgenferischen Recht römische, burgundische, fränkische und kanonische Elemente². Das erste genferische Gesetzbuch mit dem Titel 'Coutumes, Ordonnances, Franchises et Libertés' wurde 1387 vom Bischof Adhémar Fabri redigiert und in Kraft gesetzt. Es enthielt Bestimmungen vorwiegend öffentlich-rechtlicher, weniger privatrechtlicher Natur³. Die in diesem ersten 'Code Genevois' enthaltenen Freiheiten wurden später mehrmals bestätigt⁴.

1 Antoine Flammer, Le droit civil genevois dans son développement historique, in: Bulletin No 39 de l'Institut National Genevois, Genf 1875.

Alfred Martin, Le code civil dans le canton de Genève, in: Le Code civil 1804-1904, Livre du centenaire, publié par la Société d'études législatives, t. 2, Paris 1904, S. 875-896.

Gottfried Partsch, Jean Cramer et son précis de l'histoire de droit genevois (1761), in: Bulletin de la Société d'histoire et d'archéologie de Genève, XIII, 1964, S. 13-87.

L. Theaureau, Code Genevois, Recueil complet et méthodique des lois de la république de Genève, Genève 1857; Introduction S. 5-21.

2 Theaureau, a. a. O. 7.

3 Theaureau, a. a. O. 8; Flammer, a. a. O. 7.

4 ebenda

Mit der Erlangung der Unabhängigkeit von Savoyen und der Annahme der Reformation setzte eine sehr rege Gesetzgebungstätigkeit ein. Als erstes erfolgte die Schaffung der 'Ordonnances sur les officiers et les offices', die, von Calvin massgeblich beeinflusst, 1543 abgeschlossen wurde⁵.

Calvin trug sich zu jener Zeit auch mit dem Plan einer Gesamtkodifikation, die das öffentliche, kirchliche und zivile Recht enthalten sollte⁶. Während der folgenden Jahre, die von den Auseinandersetzungen zwischen den Reformatoren und den Libertins beherrscht waren, konnte eine neue Gesetzgebung von diesem Umfang nicht ins Auge gefasst werden. 1560 endlich wurde eine Kommission eingesetzt, die den Auftrag erhielt, einen 'Code de Loix' auszuarbeiten. Diese Kommission wurde von Germain Colladon, einem aus Bourges geflüchteten Advokaten und Rechtsprofessor, der das Genfer Bürgerrecht erhalten hatte, geleitet⁷. Für die 'Edits politiques' dienten die 'Ordonnances' Calvins von 1543 als Grundlage. Die geplanten 'Edits civils' gliederte man in drei Teile: das Zivilprozessrecht, das Strafprozessrecht und das materielle Privatrecht. Für die ersten beiden lagen Materialien vor, für das Zivilprozessrecht Calvins 'Edits du lieutenant' von 1542, für das Strafprozessrecht die 'Ordonnances' von 1529, 1542 und 1543⁸. Beim Privatrecht konnte Colladon nicht auf genferische Vorlagen zurückgreifen:

"La législation genevoise antérieure ne fournissait aucun modèle, le droit des personnes et des biens n'ayant jamais fait auparavant l'objet d'un recueil à l'instar des lois politiques de la Cité ou des normes concernant la procédure civile ou criminelle"⁹.

5 Flammer, a.a.O. 10.

Erich-Hans Kaden, *Le juriste Germain Colladon, ami de Jean Calvin et de Théodore de Bèze*, Genève 1974, 104.

6 Flammer, a.a.O. 10; Kaden, a.a.O. 116.

7 Ausführliche Biographie bei Kaden, a.a.O. Dasselbst Abriss der Genfer Kodifikationsbestrebungen während der Reformation.

8 Kaden, a.a.O. 112.

9 Kaden, a.a.O. 115/116.

Colladon stützte sich deshalb bei der Ausarbeitung des zivilrechtlichen Teils zum einen auf die Coutumes de Berry, bei deren Redaktion er selbst mitgewirkt hatte, zum andern auf das Wenige, das an altgenferischen Normen vorhanden war, und auf das römische Recht:

"Malgré tout l'intérêt que pouvaient présenter la réunion et la révision des "Loix" genevoises, ce ne sont pas elles, ..., mais les lois romaines qui forment, aux yeux de Colladon, l'élément essentiel du droit genevois de son temps"¹⁰.

Die 1568 abgeschlossene Totalrevision der Genfer Gesetzgebung (ohne das Kirchenrecht) passierte die Räte ohne Widerstand. Während die 'Edits politiques' und die Prozessgesetze relativ vollständig waren, klafften im Privatrecht grosse Lücken. Der Schwerpunkt der Privatrechtsgesetzgebung Colladons lag eindeutig auf dem Gebiet des Personen-, Familien- und Erbrechts; das Obligationenrecht fehlte fast vollständig. Kaden führt dazu aus:

"On ne trouve dans son ouvrage que quelques dispositions, isolées et parfois très spéciales, concernant les affaires: elles sont et resteront régies par le droit écrit qui, appliqué dans ce domaine, donnait aux yeux de Colladon toute satisfaction désirable"¹¹.

Damit galt das römische Recht als subsidiäres Recht in Genf weiter¹² und bestimmte so weiteste Gebiete des Vertragsrechts und, wenn auch in geringerem Masse, des Sachenrechts:

"Le droit subsidiaire se trouvait dans le Droit romain, auquel un usage immémorial avait donné force de loi chez nous, tandis que le Pays de Vaud était régi par un véritable droit coutumier, lequel ne jouit jamais à Genève d'aucune autorité, sauf les matières féodales"¹³.

10 Kaden, a. a. O. 120.

11 Kaden, a. a. O. 130.

12 Jean Cramer, in: Partsch, a. a. O. 82: "Aux Edits Civiles de 1713 (als damals geltendem Recht, Anm.) je coris que nous devons ajouter le Droit Romain, mais comme un Droit dont l'usage n'est que subsidiaire, suppléant au défaut de nos Edits lors qu'ils se taisent entierement, et encor comme un Droit dont l'autorité n'est pas aussi respectable que celle de notre Loi Municipale."

13 Flammer, a. a. O. 30.

Von grossem Vorteil für diese pragmatische Lösung war es, dass im Gefolge der Hugenottenkriege und -verfolgungen mehrere grosse Kenner und Lehrer des römischen Rechts in Genf Wohnsitz nahmen und an der Akademie lasen, so neben Colladon Hotomanus, Pacius, Lectius (von Geburt allerdings ein Genfer), die beiden Gothofredus u. a. m.

Die 'Edits' wurden 1707 erstmals gedruckt, 1713, nach einer kleinen Revision, zum zweiten Mal.

Die inneren Unruhen, die in Genf zwischen dem Patriziat einerseits und den weniger privilegierten Bevölkerungskreisen andererseits im Anschluss an die Verurteilung Rousseaus ausbrachen, führten 1782 zum (zweiten) 'Edit de pacification', das die Schaffung neuer Gesetze vorsah. Die revidierten Gesetze, die gegenüber dem bisherigen Zustand keine wesentlichen Fortschritte brachten, wurden vom Conseil général abgelehnt¹⁴. So blieben die Gesetze von 1713 bzw. die fast unveränderten Gesetze von 1568 bis zum Ende der Republik, ja bis zur Promulgation des Code Napoléon¹⁵ in Kraft. Der Code genevois von 1791 sah zwar den Erlass eines neuen Code civil vor¹⁶, doch konnte dieses Vorhaben angesichts der stürmischen Zeit und der sechseinhalb Jahre später erfolgenden Annexion durch Frankreich nicht mehr durchgeführt werden¹⁷.

Nach der Wiedererlangung der Unabhängigkeit 1814 gedachte man zunächst wieder zu den alten Gesetzen zurückzukehren, kam aber bald wieder davon ab, denn

"... on ne pouvait sérieusement songer à remettre en vigueur une législation incomplète, où la vie avait cessé de circuler, dont la

14 So auch das 'Projet du Code civil, rédigé par la commission nommée par le Magnifique Conseil des Deux-Cents', Genf 1783.

15 21. März 1804.

16 Code Genevois von 1791, Liv. 9, Art. 2: "Quant aux Edits Civils, il en sera fait par les Petit & Grand Conseils une révision, dont le Projet sera porté à la sanction souveraine ...".

17 Flammer, a. a. O. 38 f.

pratique s'était oblitéré, et qui ne suffisait plus aux besoins et à l'état actuel de la République"¹⁸.

Die zur Revision des Zivilrechts bestellte Kommission wurde aufgelöst; eine neue Kommission unter der Federführung Bellots trat an ihre Stelle und machte sich an die Ausarbeitung eines neuen Prozessrechts. 1819 trat die "Loi sur la procédure civile" in Kraft. Weitere gesetzgeberische Arbeiten folgten, die aber für die Regelung der Vertretungsverhältnisse keine Neuerungen mehr brachten.

II. Die Regelung der Vertretung im altgenferischen Recht

A. Die Prozessvertretung

Die Edits Civils von 1568 und 1713 enthalten keine auch nur einigermaßen umfassende Regelung des Instituts der Prozessvertretung, sondern nur einzelne Vorschriften im Zusammenhang mit anderen Normen des Prozessrechts.

So konnten im alten Genf die Bürger Prozesse nach freier Wahl entweder persönlich oder durch einen Vertreter führen. Dieser Grundsatz findet sich zwar *expressis verbis* weder in den Edits Civils von 1713 noch gar in denjenigen von 1568, ergibt sich aber unzweideutig aus all jenen Stellen, in denen von den Parteien "ou/et leurs Avocats & Procureurs" die Rede ist¹⁹. Das Recht, sich vor Gericht vertreten zu lassen, ist dazu noch ausdrücklich festgehalten:

"Si quelcun capable d'ester à droit, & comparoître devant des Juges, aiant été deüement ajourné, ou en personne, ou en son domicile ne

¹⁸ Flammer, a.a.O. 52.

¹⁹ So in Ed. Civ. 1568, Tit. I, Des Adjournemens et Deffauts, Art. X, Tit. III, Des Procédures et Instructions de procez, Art. I, Nota A; Ed. Civ. 1813, Tit. I, Art. XXVIII etc.

comparoit, ou procureur en son nom, au jour marqué, sera donné, & laxé défaut contre lui"²⁰.

Prozessierende Ausländer besaßen nicht nur das Recht, sondern waren auch der Pflicht unterworfen, einen genferischen Prozessvertreter zu bestimmen; ansonsten waren ihre Rechtshandlungen nichtig²¹:

"... Ils (les étrangers, Anm.) seront obligés délire domicile, & constituer procureur, dans les procès qu'ils auront, par devant Quelcun des Tribunaux de cet Etat; soit en demandant, ou defendant ...".

Das altgenferische Recht, das grundsätzlich auf eine schnelle Erledigung der Prozesse ausgerichtet war²², verbot den Anwälten jede Art der Prozessverzögerung:

"Soyent advertis les Avocats d'estre briefs en leurs escritures, qu'ils seront tenus sousigner, & pour les produire, ne sera baillé qu'un delay, ou au plus deux, si la nécessité le requiert"²³.

"Est defendu aux Procureurs de prendre delais frustratoires, voire de leur consentement, ni ne devront être baillez par les Juges"²⁴.

Unter dem Titel "Des Peines Amendes, Dommages et Interets contre les Calomnieux, et Temeraires Plaideurs"²⁵ wird festgehalten, dass der Prokurator oder Advokat, der, ohne entsprechende Instruktion seiner Partei, unwahre Aussagen macht oder Tatsachen abstreitet, dafür per-

20 Ed. Civ. 1713, Tit. I, Des Ajournemens, Défauts, Procédures et Instructions de Procés, Art. III. Eine entsprechende Bestimmung fehlt in Ed. Civ. 1568.

21 Ed. Civ. 1713, Tit. I, Art. IX. Fehlt in Ed. Civ. 1568.

22 Ed. Civ. 1568, Tit. I, Art. X. "Les Juges adviseront & prendront soin d'expedier & Juger les Causes le plus sommairement & en moins de delais, frais & stes qu'il sera possible ..." u. a. m.

23 Ed. Civ. 1568, Tit. III, Art. XXI. Ebenso Ed. Civ. 1713, Tit. I, Art. XXVIII.

24 Ed. Civ. 1568, Tit. III, Art. XXII. Ausführlicher Ed. Civ. 1713, Tit. I, Art. XXIX.

25 Ed. Civ. 1568, Tit. XI (Titel ausführlicher), Art. VII, Ed. Civ. 1713, Tit. X, Art. V.

sönlich (en son propre resp. privé nom) mit einer Geldbusse belegt wird; im gleichen Zusammenhang erlaubten die Edits Civiles dem Prozessvertreter, für seine Mandanten unter Eid auszusagen.

Allen Gerichtspersonen war es, bei Strafe der Infamie, untersagt, direkt oder indirekt Prozesse vor dem eigenen Gericht zu führen. Ebenso verboten war die Verabredung eines Erfolgshonorars für die Bemühungen von Advokaten, Prokuratoren oder (den in den Ed. Civ. nur hier erwähnten) "Praticiens" (offensichtlich Rechtsagenten)²⁶.

B. Die gesetzliche Vertretung

An gesetzlichen Vertretungsverhältnissen finden wir im altgenferischen Recht, wie allerorts, die Verhältnisse Ehemann-Ehefrau, Vater-Kinder, Vormund-Mündel und, wenn auch nicht als eigentliches Vertretungsverhältnis ausgestaltet, die Beziehung Beistand-Verbeiständeter. Die diese Materie regelnden Normen sind in den Edits Civils von 1568 und 1713 unter dem Titel XIII, "De L'Estât & Qualité des personnes & des Tutelles & Gouvernement des pupils & mineurs & confection²⁷ d'inventaires de leurs biens" aufgeführt. Ein grosser Teil dieses Titels stammt materiell aus dem römischen Recht.

Die väterliche Gewalt, der die Kinder in Genf bis zum 25. Altersjahr unterworfen waren²⁸, schloss auch die Vertretungsmacht des pater familias für seine Kinder mit ein. Die an sich hohe, dem Corpus Iuris

26 Ed. Civ. 1568, Tit. XI, Art. XVIII: "Deffenses à tous Juges, Advocats & Procureurs d'accepter directement ou indirectement aucun transport où cession d'actions, procez, & droit litigeux, en la Justice ou ils seront Juges, & auront charge desdites causes & procez, & ce sous peine d'infamie ..."
Ed. Civ. 1713, Tit. X, Art. XI. Art. XII, der Erfolgshonorare verbot, fehlt in Ed. Civ. 1568.

27 Der Titel der Ausgabe von 1714 spricht von einer "confession d'inventaires", wohl ein Druckfehler.

28 Ed. Civ. 1568 und 1713, Tit. XIII, Art. I.

entnommene Altersgrenze wurde gemildert durch die Möglichkeit, Kinder jeden Alters [en quelque âge qu'il soit], doch wohl erst nach der Erlangung der Urteilsfähigkeit, zu emanzipieren²⁹. Durch diese Emanzipation kamen die Kinder aber nicht etwa in den Genuss der vollen Handlungsfähigkeit, sondern die patria potestas ging nur in die mildere Form der Beistandschaft über:

"Le pere demeurera administrateur des biens du fils émancipé mineur, & non marié comme son legitime Curateur ..."³⁰

Die Revision von 1713 nahm dann aber das peculium castrense und das Arbeitseinkommen ausdrücklich von der Verwaltung und Nutzung durch den Vater aus:

"... à la réserve de ceux (biens, Anm.) acquis à la guerre, ou dans les études ..."³¹

Die Edits Civils von 1568 kannten noch kein selbständiges Vermögen des Haussohnes.

Der minderjährige, verheiratete Sohn war von der väterlichen Beistandschaft befreit, ausgenommen bei der Veräußerung von Liegenschaften, wo die Mitwirkung eines Kurators erforderlich war³².

Den der väterlichen Gewalt unterworfenen Personen war es ausdrücklich verwehrt, belastende Verträge abzuschliessen; kontrahierten Dritte ohne Einwilligung des Vaters trotzdem mit ihnen, hatte das, wie im römischen Recht, die Nichtigkeit der betreffenden Rechtsgeschäfte zur Folge³³.

29 Ed. Civ. 1568 und 1713, Tit. XIII, Art. III.

30 Ed. Civ. 1568 und 1713, Tit. XIII, Art. X.

31 Ed. Civ. 1713, Tit. XIII, Art. IX et X.

32 Ed. Civ. 1568 und 1713, Tit. XIII, Art. II.

33 Ed. Civ. 1568, Tit. XIII, Art. II, Nota G. Ed. Civ. 1713, Tit. XIII, Art. XXXII et XXXIII.

Die verheiratete Frau konnte 'sans l'autorité du mari' weder prozessieren noch Verträge abschliessen noch über ihr Vermögen verfügen³⁴, ebenso war es ihr nicht erlaubt, sich zugunsten ihres Gatten ohne die Zustimmung zweier ihrer nächsten Verwandten (oder bei deren Fehlen anderer verständiger Personen) zu verpflichten³⁵.

Der pater familias musste für die Verpflichtungen aufkommen, die seine Hausgenossen (Ehefrau und Kinder) mit seinem Einverständnis [au veu & sceu] eingingen, indem sie Handel trieben³⁶. So konnten sie durch ihr Handeln Rechtswirkungen in der Person des pater familias erzeugen; es handelt sich hier also um ein echtes Vertretungsverhältnis.

Tat dies der gewaltunterworfenen und damit nicht voll handlungsfähigen Haussohn aber auf eigene Rechnung, so handelte er selbstverständlich nicht als Vertreter seines Vaters, den auch die Folgen seines Handelns nicht trafen³⁷.

In Ehrverletzungs- und Strafprozessen konnten sowohl Ehefrauen als auch Haussöhne 'sans aucune autorité' auftreten; das Vermögen des Hausvaters haftete auch in diesen Fällen nicht³⁸.

Die Vormundschaft ist bedeutend ausführlicher geregelt als die auf der patria potestas basierenden Gewaltverhältnisse. Sie wurde, wie überall, über nicht emanzipierte, minderjährige Kinder errichtet. Wenn der Vater starb oder die väterliche Gewalt aus einem anderen Grund nicht mehr ausüben konnte, fiel die Vormundschaft in erster Linie an den Grossvater väterlicherseits oder einen testamentarisch bestimmten Vormund, in zweiter Linie an die Gattin:

34 Ed. Civ. 1568 und 1713, Tit. XIII, Art. IV.

35 Ed. Civ. 1568 und 1713, Tit. XIII, Art. VII.

36 Ed. Civ. 1568 und 1713, Tit. XIII, Art. V.

37 Ed. Civ. 1568 und 1713, Tit. XIII, Art. VI.

38 Ed. Civ. 1568 und 1713, Tit. XIII, Art. VIII.

"La mere pendant sa viduité, & estant majeure de vingt-cinq ans³⁹ aura le gouvernement & administration de ses enfans mineurs, si elle la veut demander & accepter, & en faisant par elle le serment, & prenant les biens par Inventaire, afin d'en tenir, & rendre compte, sinon qu'il eust été ordonné autre tuteur par testament du Pere, ou ayeul paternel, ou qu'elle ne fust trouvée capable et idoine pour lesdittes Tutelle & gouvernement de ses Enfans, & de leurs bien ... " 40

Erst in dritter Linie kamen weitere Verwandte oder von den Behörden gewählte Vormünder zum Zug. Die Pflicht zur Uebernahme einer Vormundschaft wurde im übrigen im calvinistischen Genf streng gehandhabt; wer sich hartnäckig weigerte, ein solches Amt zu übernehmen, wurde für Jahr und Tag aus der Stadt ausgewiesen⁴¹. Schritten die eine Vormundschaft über ihre Kinder oder Enkel führenden Mütter oder Grossmütter zu einer zweiten Ehe, so waren sie gehalten, ihren Schutzbefohlenen, je nach Alter, einen Vormund oder Beistand zu bestellen.

Jegliche Vormundschaft endete nach vierzehn Jahren. Falls das Mündel dann noch nicht achtzehn Jahre alt war, ging sie, wie beim emanzipierten minderjährigen Sohn, in eine Beistandschaft über.

Die Pflichten des Vormundes entsprachen jenen des Vaters, umfassten also sowohl die Pflicht zur Vermögensverwaltung (selbstverständlich ohne Nutzniessung) als auch die Fürsorgepflichten. Dass der Vormund ein generelles Vertretungsrecht besass, ergibt sich aus der Natur der Sache. Interessant ist, dass in Genf die Vormünder in ihrer Amtsführung viel freier waren als zum Beispiel im deutschrechtlich orientierten Bern, wo alle wichtigeren Massnahmen von den vormundschaftlichen Behörden abgesegnet werden mussten. Den Kuratoren waren nicht nur vermögensrechtliche, sondern auch dieselben persönlichen Pflichten überbunden wie den Vormündern:

39 Ed. Civ. 1568: fünfundzwanzig Jahre, Ed. Civ. 1713: zwanzig Jahre.

40 Ed. Civ. 1568, Tit. XIII, Art. XIII, ähnlich Ed. Civ. 1713, Tit. XIII, Art. XIV.

41 Ed. Civ. 1568, Tit. XIII, Art. XVIII. Ed. Civ. 1713, Tit. XIII, Art. XIX.

"L'office & charge d'un tuteur ou curateur, sera encor de conseiller fidèlement, son pupile ou mineur, l'instruire en la parole de Dieu, & aux bonnes moeurs; si c'est un mâle le faire étudier, ou lui apprendre quelque art, négoce ou métier ..."⁴²

Durch das Weiterbestehen derart schwerer persönlicher Pflichten wurde die Beistandschaft der Vormundschaft sehr stark angenähert; sie unterschied sich von ihr nur noch durch die fehlende Vertretungsmacht des Beistandes.

War ein Minderjähriger durch Handlungen seines Vormundes oder Beistandes geschädigt worden, so konnte er die in integrum restitutio geltend machen:

"Et quant aux autres contrats, qui auront été faits par les tuteurs pour leurs pupiles, par les mineurs de l'autorité de leurs curateurs, & par ceux qui auront été émancipés, si lesdits jeunes gens sont dans iceux notablement déçus, ils pourront s'aider du benefice de restitution en entier, & de rescission"⁴³.

Dadurch war es dem ehemaligen Schutzbefohlenen selbst möglich, die nachteiligen Folgen von Rechtshandlungen, die der Vormund oder der Minderjährige selbst auf Anraten des Beistandes vorgenommen hatte, zu eliminieren.

Ebenfalls unter Beistandschaft gestellt wurden Geisteskranke, zur Verwaltung ihres Vermögens Unfähige sowie Verschwender⁴⁴. Es galten dafür dieselben Regeln wie für die Beistandschaft über Minderjährige. Eine Beistandschaft oder gar Vormundschaft über ledige, volljährige Frauen enthalten die Edits Civils nicht.

42 Ed. Civ. 1568, Tit. XIII, Art. XIX. Ed. Civ. 1713, Tit. XIII, Art. XXXIX.

43 Ed. Civ. 1713, Tit. XIII, Art. XXXV. Fehlt in den Ed. Civ. von 1568.

44 Ed. Civ. 1568, Tit. XIII, Art. XXIX: "A ceux qui seront notoirement imbecilles de sens, & incapables, ou prodigues, & dissipateurs de leurs dits biens, encor qu'ils fussent majeurs de vingt cinq ans, sera pourveu de Curatuer par le Conseil ...". Ed. Civ. 1713, Tit. XIII, Art. XVI.

C. Die gewillkürte Vertretung

Wir finden im altgenferischen Recht keinen Titel über das Mandat, worin jeweils die Stellvertretung enthalten war. Nach den in der Kofifikationsgeschichte dargelegten Grundsätzen über die Geltung des römischen Rechts als subsidiäres Recht und über die Zulassung der Prozessvertretung, der ja in jedem Fall ein Mandat zugrunde liegen musste, war die Vertretungsmöglichkeit für die Eingehung von Verträgen sicherlich auch gegeben.

Ein einziger Sonderfall des Auftrages und der damit verbundenen Stellvertretungsbefugnis wird in den Edits Civiles erwähnt: die kaufmännische Prokura, die ins damalige Handelsregister einzutragen war:

"Ils (les négociants, Anm.) feront aussi enregistrer dans de livre (Frühform des Handelsregisters, Anm.), sous les mêmes peines (peine d'amende, Anm.), les procurations, qu'ils donneront, à leurs facteurs, agens, ou domestiques, pour agir, gerer ou négotier en leur nom, & les revocations d'icelles"⁴⁵.

III. Die Regelung der Vertretung in den Gesetzeswerken des 19. Jahrhunderts

A. Die Prozessvertretung

Die Zulässigkeit der Prozessvertretung blieb in Genf selbstverständlich auch nach der Wiedererlangung der Unabhängigkeit bestehen. Die Ausübung dieser Prozessvertretung wurde aber schon in der Verfassung von 1815 auf die zugelassenen Advokaten und Prokuratoren beschränkt⁴⁶. Die Aufgaben und Befugnisse dieser zugelassenen Anwälte wurden in der

⁴⁵ Ed. Civ. 1713, Tit. XVI, Art. 3.

⁴⁶ Constitution pour la Ville et République de Genève, Tit. X, Art. VI, §§ 1 und 2.

'Loi constitutionnelle sur quelques points de l'organisation judiciaire' vom 7. Februar 1816 in den Titeln X, 'Des Avocats' und XI, 'Des Procureurs', festgelegt. Die Aufgabenteilung zwischen 'Avocats' und 'Procureurs' entsprach in etwa derjenigen zwischen Fürsprecher und Prokuratoren im alten Bern.

Das Recht der Parteien, vor Gericht selbst aufzutreten, wurde im obigen Gesetz ausdrücklich erwähnt⁴⁷. Dieses Recht musste den Parteien nur aberkannt werden, wenn sie sich als unfähig erwiesen, ihre Sache vernünftig (avec la décence convenable) zu vertreten.

Ebenfalls wesentliche Vorschriften inbezug auf die Prozessvertretung enthielt die 'Loi sur la procédure civile' vom 29. September 1819. So mussten nicht handlungsfähige Personen vertreten oder zur Prozessführung ermächtigt sein⁴⁸. Die Wahlfreiheit zwischen der Vertretung durch einen Anwalt einerseits und dem persönlichen Erscheinen vor Gericht andererseits wurde auch hier ausdrücklich festgehalten⁴⁹. Des weiteren enthielt das Gesetz Vorschriften über das Verhalten von Parteien und Prozessvertretern vor den Gerichten⁵⁰.

Ueber die Ausübung der Advokatur wurden immer wieder Reglemente erlassen, so z.B. das 'Règlement sur l'exercice de l'état d'avocat dans le canton' vom 25. Mai 1821, das auch Vorschriften über die Organisation und die Ahndung von Disziplinarvergehen der Anwälte beinhaltete. Die 'Loi sur les Avocats, les Procureurs et les Huissiers' vom 20. Juni 1834 sah vor, den Stand der 'Procureurs' langsam aussterben zu lassen und die Ausübung der Advokatur ausschliesslich den eigentlichen 'Avocats' zu überlassen.

47 Loi const. sur l'organisation judiciaire vom 7. Februar 1816, Art. 150, Abs. 1.

48 Loi sur la procédure civile vom 29. September 1819, Tit. I, Art. 2.

49 a.a.O. Tit. IV, Art. 59, Tit. VII, Art. 84.

50 a.a.O. Tit. VII, Art. 86 ff.

Im Jahre 1851 erfolgte die Freigabe der Advokatur durch das 'Loi sur la profession libre d'homme de loi' vom 4. Juni. Die Funktion der 'homme de loi' bestand darin, den Parteien vor Gericht beizustehen⁵¹. Eine eigentliche Prozessvertretung war aber auch möglich. Im Gegensatz dazu vertraten die alten Prokuratoren und Advokaten die Parteien in der Regel vor Gericht⁵².

1863 schränkte man die freie Ausübung der Advokatur wieder ein; die Einrichtung der 'hommes de loi' wurde aufgehoben. Der Titel 'avocat' wurde wieder eingeführt, und zwar für alle Anwälte mit Universitätsabschluss. Diese durften vor allen genferischen Gerichten auftreten. Daneben konnte jeder Genfer, falls er sich über genügende Rechtskenntnisse ausgewiesen hatte (im Gegensatz zu den hommes de loi, die nicht geprüft wurden), vor den Gerichten der ersten Instanz als 'Agréé de première instance' plädieren.

B. Die gesetzliche Vertretung

Die Regelung der gesetzlichen Vertretung im Code Napoléon wurde durch die genferische Gesetzgebung nur in unwesentlichen Punkten modifiziert⁵³.

Zunächst einmal waren alle nicht emanzipierten oder volljährigen Kinder der väterlichen Gewalt unterworfen. Diese schloss natürlich die Vertretung der Kinder durch deren Inhaber mit ein⁵⁴. Daneben war der Vater 'administrateur des biens personnels de ses enfants mineurs', was die Vertretung der Kinder in vermögensrechtlicher Hinsicht nach sich zog⁵⁵. Starb der Vater, so ging die Vormundschaft über die minderjäh-

51 Loi sur la profession libre d'homme de loi vom 4. Juni 1851, Art. 5.

52 Loi sur les Avocats ... vom 20. Juni 1834, Art. 6, 7, 17 Ziff. 2.

53 Z.B. Loi sur les tutelles vom 18. August 1848.

54 C. c. art. 372/73.

55 a. a. O. art. 389.

rigen Kinder ohne weiteres auf die Mutter über, wobei es aber dem Vater unbenommen blieb, der Mutter für die Führung der Vormundschaft oder auch nur für einzelne, damit zusammenhängende Rechtsgeschäfte einen Beirat (conseil) beizuordnen⁵⁶. Der überlebende Ehegatte, Mann oder Frau, konnte den Kindern einen beliebigen Vormund bestellen⁵⁷. Tat er das nicht, so kamen die männlichen Vorfahren zum Zug⁵⁸, fehlten solche, so wählte der Familienrat einen Vormund⁵⁹. Für jeden Vormund musste der Familienrat von Anfang an einen Nebenvormund (subrogé tuteur) bestimmen, der den Schutzbefohlenen zu vertreten hatte, falls sich eine Interessenkollision zwischen dem Vormund und dem Mündel ergab⁶⁰. Die Pflichten des Vormundes bestanden, genauso wie diejenigen des Vaters, in der persönlichen Fürsorge für den Bevormundeten einerseits, in dessen Vertretung in Rechtsgeschäften andererseits:

"Le tuteur prendre soin de la personne du mineur, et le représentera dans tous les actes civils"⁶¹

Eine Mittelstellung zwischen den minderjährigen Kindern und den Volljährigen nahmen die emanzipierten Minderjährigen (les mineurs émancipés) ein. Es handelte sich dabei in erster Linie um verheiratete Minderjährige⁶², daneben um solche, die vom Vater, nach dessen Tod auch von der Mutter, durch eine einfache Erklärung vor dem Friedensrichter emanzipiert wurden. Dies konnte vom vollendeten 15. Altersjahr an geschehen. Wurde die Emanzipation vom Familienrat ausgesprochen (also, wenn das Kind bevormundet war), so verschob sich die Altersgrenze auf das vollendete 18. Altersjahr⁶³. Dem emanzipierten Minderjährigen wur-

56 C. c. art. 390-392.

57 a. a. O. art. 397-401.

58 a. a. O. art. 402-404.

59 a. a. O. art. 405-419.

60 a. a. O. art. 420-426.

61 a. a. O. art. 450.

62 a. a. O. art. 476.

63 a. a. O. art. 477-479.

de ein Kurator (curateur) beigegeben, ohne dessen Mitwirkung er wichtige Geschäfte nicht tätigen konnte⁶⁴. Die Emanzipation war jederzeit widerruflich⁶⁵.

Die Bevormundung (interdiction) eines Volljährigen konnte bei Vorliegen von Blödsinn, Wahnsinn oder Raserei durch das Tribunal civil angeordnet werden⁶⁶. Wenn das Gericht die Errichtung einer Vormundschaft ablehnte, stand es ihm frei, stattdessen über den Betroffenen eine Beiratschaft zu errichten⁶⁷. Dasselbe Los traf die Verschwender⁶⁸. Auch sie durften wirtschaftlich bedeutsame Geschäfte nicht mehr ohne die Mitwirkung eines Beirats abschliessen, der aber keinerlei Vertretungsbefugnis eingeräumt erhielt.

Die Handlungsfähigkeit der volljährigen Frauen war grundsätzlich nicht eingeschränkt. Verheiratete Frauen bedurften aber der Einwilligung des Mannes, um vor Gericht auftreten zu können und wichtige Geschäfte abzuschliessen. Ausnahmen wiederum bestanden für die Handelsfrauen. Frauen, die sich zugunsten ihrer Ehemänner verpflichten wollten, mussten dazu die Erlaubnis von zwei durch den Procureur-général eingesetzten Beratern einholen⁶⁹.

C. Die gewillkürte Vertretung

Der genferische Gesetzgeber hat die Lösung, die die Stellvertretung im Rahmen des Mandats im Code Napoléon gefunden hat, nicht abgeändert.

64 C. c. art. 481-485.

65 a. a. O. art. 486.

66 a. a. O. art. 489-498.

67 a. a. O. art. 499.

68 a. a. O. art. 513-515.

69 a. a. O. art. 1431. Loi sur l'autorisation à la femme qui s'oblige pour son mari, du 30 janvier 1819.

2. Abschnitt

DIE REGELUNG DER STELLVERTRETUNG IM WAADTLÄNDISCHEN RECHT

I. Gesetzgebungsgeschichte¹

Die Waadt blickt auf eine sehr viel weiter zurückreichende, vielfältigere Rechtsgeschichte zurück als die meisten anderen Kantone der Schweiz. Dass die Waadt vor ihrer Angliederung als 'souveräner' Stand an die Eidgenossenschaft nie eine Eigenstaatlichkeit besass, hinderte die reiche Rechtsentfaltung nicht, sondern begünstigte sie vielmehr. Wir finden im waadtländischen Recht des Mittelalters römische, burgundische, fränkische und kanonische Elemente², die während der verschiedenen Perioden zur Fortentwicklung des einheimischen Rechtsstoffes beigetragen haben.

Vom Anfang des 14. Jahrhunderts an lässt sich die überragende Bedeutung der einzelnen noch ungeschriebenen Ortsrechte nachweisen³. Dabei können wir drei Gruppen, die auch während der bernischen Epoche von Bedeutung waren, unterscheiden:

1 Jean-Georges Favey, *Le coutumier de Moudon de 1577. Précédé d'une notice sur le développement historique du droit dans le Pays de Vaud pendant les périodes de Savoie et de Berne*. Diss. Lausanne 1924.

Elio Alex Farry, Pierre Quisard und sein *Coutumier du Pays de Vaud 1555 sqq.* Ein Beitrag zur Rechtsgeschichte der Kantone Waadt, Freiburg und Bern. Diss. Zürich. Teildruck Aarau 1947, Manuskript in Zentralbibliothek Zürich.

Paolo Gallone, *Organisation judiciaire et procédure devant les cours laïques au Pays de Vaud à l'époque savoyarde*, Lausanne 1972.

Charles Secretan, *Remarques sur le Code civil du canton de Vaud*, Lausanne 1840: "Notice sur l'état de la législation civile dans le canton de Vaud avant l'introduction du Code civil", p. VII-XV.

2 Farry, a. a. O. 3-7 (Teildruck).

3 Farry, a. a. O. 7 (Teildruck).

1. die Gruppe der coutumes de Moudon (des eigentlichen waadtländischen Landrechts),
2. den Plaid général de Lausanne,
3. vereinzelte weitere, eigenständige Statutarrechte⁴.

Obwohl während der bernischen Periode vor allem die die coutumes de Moudon anerkennenden 'quatre bonnes villes de Vaud' (Moudon, Morges, Nyon, Yverdon) Bestrebungen unternahmen, zu einer Vereinheitlichung des Rechts in der Waadt zu gelangen, scheiterten diese zuletzt 1612 am entschlossenen Widerstand des Lausanner Rechtskreises, der sich nicht dazu bereit fand, wesentliche Bestimmungen des Plaid général den coutumes de Moudon anzugleichen⁵.

Darauf entwarfen die Vertreter des Moudoner Kreises im Alleingang ihr zukünftiges Gesetzbuch, das am 1. Juli 1616 als "Les Loix et Statuts du Pays de Vaud" publiziert wurde⁶. Trotz vieler Revisionsbestrebungen seitens der Waadtländer blieben die 'Loix et Statuts' bis ins 19. Jahrhundert hinein praktisch unverändert in Kraft. Die Rechtsentwicklung erfolgte durch die von der bernischen Obrigkeit erlassenen Mandate⁷.

Nach dem Scheitern der Rechtsvereinheitlichung in der Waadt revidierte auch Lausanne seinen Plaid général, der 1618 nach verschiedenen weiteren Abänderungen, die vor allem von den Herren von Bern veranlasst wurden, in Kraft trat⁸.

4 Farry, a. a. O. 8. (Teildruck).

5 Farry, a. a. O. 330 (Manuskript); von Salis L. R., Le Coustumier et Plaict Général de Lausanne 1618, Basel 1903 (Separatabdruck aus ZSR NF Bd. 21 und 22), 9-11.

6 Farry, a. a. O. 331.

7 Farry, a. a. O. 333.

8 von Salis, a. a. O. 12 f.; Farry, a. a. O. 334.

Grandson⁹, Payerne¹⁰ und Aigle¹¹ verblieben ebenfalls bei ihren eigenen Statutarrechten¹², die, wie im Lausanner und Moudoner Kreis, nur durch die Mandate der bernischen Obirgkeit eingeschränkt wurden.

Die waadtländischen coutumes wurden erst durch die Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts nach und nach ausser Kraft gesetzt.

Der waadtländische Code civil wurde nach 15-jähriger Vorbereitungszeit 1819 beendet und 1821 in Kraft gesetzt. Den weitaus grösseren Teil des Inhalts entnahm man dem Code Napoléon, einen nicht unbedeutenden aber auch den einheimischen Us et coutumes¹³.

II. Die Regelung der Vertretung vor der Trennung von Bern

A. Die Prozessvertretung¹⁴

Eine eigentliche Prozessvertretung im Sinne des justinianischen Cognitor oder Procurator finden wir in den 'pays de coutume' schon im 13. Jahrhundert vor den geistlichen Gerichten¹⁵, da die Schwierigkeiten des ka-

9 Coutumier Nouveau de la ville et de tout le baillage de Grandson de 1702, gedruckt Yverdon 1780.

10 Les Loix et Statuts de Payerne de 1733, gedruckt Bern 1733.

11 Code des Loix des Trois Mandemens de la Plaine du Gouvernement d'Aigle, 1770.

12 Farry, a. a. O. 336-338.

13 Secrétan, a. a. O. XIII/XIV.

14 Paolo Gallone, Organisation judiciaire et procédure devant les cours laïques au Pays de Vaud à l'époque savoyarde, Lausanne 1972, 117 ff. Charles Soldan, Des Procureurs-Jurés d'après l'ancien droit vaudois, in Journal des Tribunaux, 33 (1885), S. 1 ff. und 17 ff.

15 Soldan vermochte die Prozessvertretung nicht soweit zurückzuverfolgen: "L'institution de procureurs chargés de représenter les parties dans les opérations de la procédure ... ne paraît guère remonter bien plus haut que la conquête bernoise" a. a. O. S. 1.

nonischen Prozesses eine solche erforderten¹⁶. Von den weltlichen Gerichtshöfen dagegen war das persönliche Erscheinen grundsätzlich die Regel, doch konnten Adelige, Frauen und Geistliche vom König 'lettres de grâce à plaider par procureur' erhalten¹⁷. Diese Freibriefe führten mit der Zeit zur generellen Zulassung der Prozessvertretung. In Savoyen, das über geschriebenes Recht verfügte, war die Vertretung vor Gericht grundsätzlich frei.

Die Waadt machte die Entwicklung, die zur Zulassung der Prozessvertretung führte, nicht mit; der Grundsatz des persönlichen Auftretens vor Gericht wurde beibehalten. Drei Ausnahmen nur durchbrachen dieses Prinzip:

1. den Grafen und Herzögen von Savoyen (als Landesherrn) und den Bischöfen von Lausanne (als geistlichen Oberhäupter des grössten Teils der Waadt),
2. den juristischen Personen (des öffentlichen und des privaten Rechts),
3. den Minderjährigen, Waisen und Geisteskranken

wurde das Recht zugestanden, sich von Prokuratoren vor Gericht vertreten zu lassen.

Im Gegensatz zu allen anderen Coutumes gestattete diejenige von Murten die Vertretung im Prozess generell¹⁸.

Jede Vollmacht, handelte es sich nun um eine General- oder Spezialvollmacht, musste das Versprechen des Auftraggebers enthalten, die Handlungen seines Prokuratoren zu genehmigen¹⁹.

16 Gallone, a. a. O. 124.

17 ebenda.

18 Galone, a. a. O. 127.

19 Galone, a. a. O. 128/129. Da die Frage, ob es sich bei diesem Versprechen des Mandanten nur um eine zusätzliche Sicherheit für den mit dem Mandatar prozessierenden Dritten handelte oder ob sich hier das Unvermögen der Zeitgenossen ausdrückt, das Phänomen der unmittelbaren Drittberechtigung und -verpflichtung zu erfassen, muss offen bleiben.

Neben den Prokuratoren (procureurs) kannte man noch die Advokaten, denen die Aufgabe zufiel, die Parteien zu beraten und für diese zu sprechen. Die Advokaten waren aber, im Gegensatz zu den 'procureurs', nicht Stellvertreter, sondern nur Gehilfen, Rechtsberater der Parteien²⁰.

Der Commentaire coustumier des Pierre Quisard²¹ brachte den Uebergang vom System des zwingend persönlichen Auftretens der Parteien vor Gericht zur Möglichkeit, sich vertreten zu lassen²². Diese Möglichkeit bestand einmal dann, wenn die Gegenpartei einer Vertretung zustimmte:

"... l'on ne doit comparoir qu'en propre personne sans la volonté et consentement de sa partye et de toutes deulx, qu'aye force lieu ou vigeur et que puisse empescher que sentence ne puisse estre donnee contre le constituant en son absence ..."23

daneben noch für die Schuldbetreibung:

"... que en instance de subhastations ou recreances sur icelle, quand le creancier n'y pourra estre, que le seruiteur ou deputté dudict creancier puisse faire leuer, vendre et expedier par les officiers les gaiges du debteur comme si ledict creancier estoit present ..."24

Der Coutumier de Moudon anerkannte die Prozessvertretung ebenfalls, wenn er auch der Institution des Prokurators mit Abneigung gegenübertrat²⁵.

20 Gallone, a.a.O. 117 ff.; dazu auch Soldan, a.a.O. 20, der ebenfalls den Unterschied zwischen 'procureur' und 'avocat' betont.

21 Dazu siehe Farry, Pierre Quisard und sein Coutumier du Pays de Vaud 1555 sqq., Diss. Zürich 1947 sowie die von J. Schnell und A. Heusler veranstaltete Textausgabe in ZSR AF Bd.13-15, Einleitung S. 4 ff.

22 Soldan, a.a.O. 1 ff.

23 Quisard, Liv. I, tit. 4, chap. 8, art. 1.

24 Soldan, a.a.O. 3; Quisard, a.a.O. art. 3.

25 dazu Soldan, a.a.O. 5/6.

Die verschiedenen Coutumes, die während der bernischen Epoche das Rechtsleben der Waadt bestimmten, liessen so zwar die Prozessvertretung in der Regel zu, verboten sie aber einerseits für gewisse Kategorien von Prozessen, bei denen die persönliche Anwesenheit unerlässlich schien:

"Chaque partie pourra, avec permission, & par consentement du Ballif, constituer, & envoyer des Procureurs. pout comparoir et suyvre en toutes ses causes, tant en demandant, qu'en defendant, soit à l'ordinaire, ou hors l'ordinaire; fors ês causes d'Injures êsquelles les Reez debvront comparoistre en propres personnes"²⁶.

"Il n'y a ... des causes où l'one ne peut paroître par Procureur, ... come sont 1^o. les causes d'injure, où l'Injuriant doit paroître; 2^o. les causes consistoriales, où l'Accusatrice & l'Accusé doivent être confrontés; 3^o. les causes matrimoniales; 4^o. les causes criminelles ..."²⁷

und beschränkten sie andererseits auf die gebildete Bevölkerungsschicht²⁸.

Die grundsätzliche Zulässigkeit der Prozessvertretung bezeugt auch Olivier, der neben Boyve bedeutendste Kommentator des altwaadtländischen Rechts²⁹.

Die Ausübung der gerichtlichen Stellvertretung durch ungebildete und unwissende Prokuratoren führte während der ganzen Zeit der bernischen Herrschaft immer wieder zu Missständen, denen die Gnädigen Herren mit verschiedenen Mandaten immer wieder, aber oft vergebens Herr zu werden versuchten³⁰.

26 Loix et statuts, tit. XI, loy 2, fol. 425: En quelles causes lon pourra agir par procureurs, ou non.

27 Boyve Jean François, Remarques sur les Loix et statuts du Pays de Vaud. Neuchâtel 1756, p. 373.

28 Loix et statuts, loi 1, fol. 173. Ebenso Code d'orbe, 2e partie, tit. 4, Coutumier de Payerne, liv. 5, tit. 4.

29 Olivier, G., Explication du Coutumier du Pays-de-Vaud, 2^e éd. Lausanne 1796, p. 366 ff.

30 siehe vorn, Bern, Kapitel II. A.

B. Die gesetzliche Vertretung

Wie fast überall sonst zu jener Zeit war auch in der Waadt der 'père de famille' die in zivilrechtlicher Hinsicht den Familienverband absolut dominierende Persönlichkeit. Alle Familienangehörigen mussten durch ihn vertreten werden, waren also unfähig, sich selbst zu verpflichten:

"... ceux qui seront sous les charges de Pères et Mères, Tuteurs ou Curateurs ne pourront s'obliger, ny autrement contracter d'eux memes, & faysants telles obligations & contracts seront declarez nuls & inofficiels à perpetuité.

De mesme les Femmes mariées ou non mariées ne pourront passer obligations, ratifications, ny autres contracts à leur prejudice, bien mesme qu'elles en seroyent auctorisées par leurs Maris; si ce n'estoit qu'oltre cela elles le fissent avec advis, & conseil de deux ou trois de ses parents, ou de celui de la Justice"³¹.

Dem Familienvater gleichgestellt waren Tutor und Kurator.

Nach dem Plaid général de Lausanne konnten volljährige Söhne (volljährig wurde man mit fünfundzwanzig) erst dann als zivilrechtlich handlungsfähig betrachtet werden, wenn sie sich nicht mehr unter der "dépendance de père et mère" befanden, d.h. einen eigenen Hausstand begründet hatten³².

Die Regelungen in den weiteren Coutumiers entsprachen weitgehend denjenigen der oben zitierten Loix et statuts.

C. Die gewillkürte Vertretung

In keinem der gedruckten Coutumiers finden sich, abgesehen von der Prozessvertretung, Vorschriften über Vertretungs- oder Auftragsverhältnisse, genauso wenig wie über die meisten anderen Vertragsarten.

³¹ Loix et statuts, loy 2, fol. 59 f.

³² von Salis, a. a. O. 77, Anm. ad leg. 60; 79, lex 64.

Dass aber die Vertretung 'hors justice' auch in der alten Waadt sehr verbreitet war, bezeugt uns Olivier:

"Le procureur est ou judiciaire ou extrajudiciaire.

Le premier est pour les affaires de justice, cela comprend les procès & subhastations.

L'extrajudiciel regarde le maniement & le soin des biens, le négoce ou le commerce, les traités et conventions particulières, c'est-à-dire qu'on peut établir des procureurs dans toutes les choses-là"³³.

Oliviers Lehre ist sehr stark auf die gemeinrechtliche Lehre jener Zeit abgestützt; er bezieht sich immer wieder aufs römische Recht³⁴. Interessanterweise lässt Olivier z. B. die Uebernahme von Mandaten durch Minderjährige zu³⁵, obwohl die waadtländischen Coutumiers sonst in bezug auf die volle bürgerliche Handlungsfähigkeit der Minderjährigen sehr restriktiv angelegt sind.

Die Ausstellung einer aussergerichtlichen Vollmacht war, im Gegensatz zur gerichtlichen, formfrei möglich, d. h. es brauchte keine Einwilligung des Ballif:

"... on peut agir sur le simple mandement du constituant ..." ³⁷

Der Bevollmächtigte haftete bei Uebernahme des Mandats aus Gefälligkeit für leichtes Verschulden (faute légère), bei berufsmässiger Uebernahme von Mandaten galt der Grundsatz:

"... ils doivent répondre non seulement de leur faute légère, c'est-à-dire de toute négligence, & enfin de leurs fautes d'ignorance, ils ne doivent pas entreprendre au-dessus de leur capacité"³⁸.

33 Explication du Coutumier, p. 361 ad loi 1, fol. 425, plaid général CCCX.

34 Z. B. a. a. O. p. 63.

35 a. a. O. p. 363.

36 vgl. Anm. 32.

37 Olivier, a. a. O. p. 364.

38 ders., p. 364.

III. Die Regelung der Vertretung im Kanton Waadt

A. Die Prozessvertretung

Die Ausübung der Prozessvertretung gab nicht nur während der bernischen Periode, sondern auch während der Helvetik zu Klagen Anlass³⁹. Nach einem provisorischen Erlass des Jahres 1803 regelte deshalb der Grosse Rat 1806 in einem Spezialgesetz die Advokatur zum zweiten Mal⁴⁰.

Die Zulässigkeit der Vertretung im Prozess wurde nach dem Code de procédure civile du canton de Vaud von 1825 praktisch gleich geordnet wie in den Loix et statuts und den anderen Coutumiers. Der Grundsatz der generellen Zulässigkeit wurde dadurch eingeschränkt, dass die Parteien bei Vaterschaftsklagen, Ehesachen und Bevormundungen (die durch das Gericht, nicht die Verwaltung ausgesprochen wurden) persönlich erscheinen mussten⁴¹. Eine Prozessvollmacht war nur als Spezialvollmacht gültig und musste zudem noch von einem Notar oder Friedensrichter beglaubigt werden⁴². In anderen Kantonen oder gar im Ausland ausgestellte Vollmachten unterlagen noch viel strengeren Formvorschriften⁴³. Neben der schriftlichen und von einer Urkundsperson beglaubigten Vollmacht gab es noch die Möglichkeit, eine solche zu Protokoll zu diktieren (ähnlich wie in Luzern)⁴⁴.

Der Code de procédure civile vom 14. Februar 1857 brachte ebenfalls keine grundlegenden Aenderungen mehr, sondern beschränkte sich auf geringfügige Modifikationen, so bei der Prozessführung durch gesetzliche Vertreter⁴⁵, der Möglichkeit des Procureur-juré, erste Prozess-

39 Soldan, a.a.O. 22.

40 Loi sur l'office du procureur-juré, 2 juin 1806.

41 Code de procédure civile du canton de Vaud, § 102, Abs. 1.

42 ebenda § 106.

43 ebenda § 106.

44 ebenda § 104.

45 §§ 73 und 74.

handlungen ohne Vollmachtsurkunde durchzuführen⁴⁶, und bei Erleichterungen der Formvorschriften für die Ausstellung von Prozessvollmachten⁴⁷.

B. Die gesetzliche Vertretung

Die Regelung der gesetzlichen Vertretung im Code civil du canton de Vaud entspricht in grossen Zügen derjenigen des Code Napoléon, doch lässt sich nicht übersehen, dass gerade in diesem Teil bedeutende Konzessionen ans altwaadtländische Recht gemacht wurden.

Der volljährige Mann allein war vollständig handlungsfähig; alle anderen Personen mussten mehr oder weniger bedeutsame Beschränkungen ihrer Handlungsfähigkeit hinnehmen.

Die ledige, verwitwete oder geschiedene Frau war grundsätzlich ebenfalls handlungsfähig, doch bedurfte sie für alle Rechtshandlungen, die über die reine Verwaltung ihres Vermögens hinausgingen, der Autorisation eines 'conseil judiciaire', d.h. eines Beistandes. Für gewisse Geschäfte war gar die Zustimmung zweier der nächsten Verwandten erforderlich⁴⁸. Die alleinstehende Frau musste also nicht vertreten werden, sondern nur die Zustimmung des Beistandes bzw. der Verwandten einholen.

Die Ehefrau hing, obwohl auch sie prinzipiell handlungsfähig war, in einem sehr hohen Masse von ihrem Ehemann ab. Für das Erscheinen vor Gericht und den Abschluss von Verträgen war die Genehmigung des Mannes und zweier ihrer nächsten Verwandten erforderlich⁴⁹. Wurde

46 §§ 75 ff.

47 §§ 78 ff.

48 Code civil vaudois, art. 311-320.

49 C.c.v. art. 117 f.

ihr die Zustimmung verweigert, so stand ihr immerhin noch der Weiterzug an die 'Justice de Paix' offen⁵⁰.

Die verheiratete Kauffrau unterstand in bezug auf das Auftreten vor Gericht derselben Regelung wie die Ehefrau, die kein Gewerbe ausübte⁵¹; die alleinstehende Kauffrau bedurfte nur für die Prozessführung und die Aufnahme von Darlehen der Zustimmung des 'conseil judiciaire'.

Minderjährige waren der elterlichen Gewalt resp. der Vormundschaft unterworfen, die auch die Vertretungsmacht beinhaltete:

"... Le tuteur (a fortiori auch der Vater bzw. die die Vormundschaft ausübende Mutter) représentera | la personne de mineur | dans tous les actes civils"⁵²

Die Möglichkeit, für den Minderjährigen Verträge einzugehen, war aber, wie allenorts, stark eingeschränkt⁵³. Bevormundete Erwachsene wurden von ihren Vormündern vertreten:

"Les lois sur la tutelle des mineurs s'appliqueront à la tutelle des interdits"⁵⁴.

C. Die gewillkürte Vertretung

Die gewillkürte Vertretung wurde im Code civil vaudois, genauso wie im Code Napoléon, im Rahmen des Mandats geregelt; die Mehrzahl der waadtländischen Artikel sind auch hier, wie unter den meisten übrigen Titeln, wörtlich dem französischen Recht entnommen.

In Uebereinstimmung mit dem Zivilprozessgesetz forderte der C. c. v. für die Prozessführung eine Spezialvollmacht:

50 C. c. v. art. 117-125.

51 C. c. v. art. 117.

52 C. c. v. art. 246.

53 C. c. v. art. 252-263.

54 C. c. v. art. 306.

"S'il s'agit ... de plaider, le mandat doit être spécial"⁵⁵.

während der Code Napoléon auf diese Vorschrift verzichtete⁵⁶. Das zweite Kapitel, 'Des obligations du mandataire', ist in beiden Kodifikationen absolut identisch⁵⁷, das dritte bis auf den nur im C.c.franç. enthaltenen Satz, der Mandant dürfe

"ni faire réduire le montant des frais et avances, sous le prétexte qu'ils pouvaient être moindres ..."⁵⁸

An weiteren Unterschieden ist festzustellen, dass im 4. Kapitel, 'Des différentes manières dont le mandat finit', der Code Napoléon in Art. 2003 la déconfiture, also die Zahlungsunfähigkeit von Mandant oder Mandatar aufführt, während der C.c.v. in Art. 1485 von der faillite, dem Konkurs, spricht. Bei der Rückgabe der Vollmachtsurkunde führt der Code Napoléon die dabei auftretenden Möglichkeiten im Detail an, während sich der C.c.v. darauf beschränkt, die schriftliche Vollmacht zu erwähnen.

55 C.c.v. art. 1470 Abs. 2.

56 C.c. art. 1988.

57 C.c. art. 1991-1997; C.c.v. art. 1472-1479.

58 C.c. art. 1988-2002; C.c.v. art. 1480-1484.

3. Abschnitt

DIE REGELUNG DER STELLVERTRETUNG IM TESSINER RECHT

I. Gesetzgebungsgeschichte¹

Das Tessin war im Mittelalter von der Sprache, der geographischen Lage und den politischen Verhältnissen her mit dem oberitalienischen Raum eng verbunden. So bestanden auch rechtsgeschichtliche Beziehungen; die ersten Luganeser Statuten von 1441 z.B. beruhten auf denjenigen der Stadt Como².

Die einzelnen Städte und Landschaften besaßen ihre eigenen Statutarrechte, die schon auf die Zeit vor der Inbesitznahme des Tessins durch die Eidgenossen zurückgingen, so die ernerische Leventina³, Lugano⁴, Mendris und Balerna⁵, Locarno⁶, das Val Maggia⁷, Bellinzona⁸, die

-
- 1 Andreas Heusler, Die Rechtsquellen des Cantons Tessins, 1. und 2. Heft, Basel 1892/93, SA aus ZSR, N. F. Bd. 11 und 12.
Gabriello Patocchi, Gli influssi delle legislazioni straniere e degli statuti locali sul Codice Civile Ticinese del 1837, Diss. Bern, Bellinzona 1961.
 - 2 Heussler, a. a. O., S. 32/33.
 - 3 weitgehend mit dem Urner Landbuch übereinstimmend.
 - 4 Die Statuten von Lugano von 1408-1434 und 1441, hrsg. von Andreas Heusler in ZSR, N. F., Bd. 13, S. 133 ff. Statuten oder Civildecreten der Vogtei Lauis (Lugano), revidiert ... den 22. August 1996, hrsg. von Andreas Heusler in ZSR, N. F., Bd. 29, S. 145 ff.
 - 5 Buch deren Statuten oder Civil Decreten der Landschaft Mendris und Balerna, hrsg. von Andreas Heusler in ZSR, N. F., Bd. 27, S. 141 ff.
 - 6 Die Statuten von Locarno vom 7. Juli 1588, hrsg. von Andreas Heusler in ZSR, N. F., Bd. 14, S. 259 ff.
 - 7 Die Statuten von Val Maggia, hrsg. von Andreas Heusler in ZSR, N. D., Bd. 28, S. 145 ff.
 - 8 Die Statuten von Bellinzona, hrsg. von Andreas Heusler in ZSR, N. F. Bd. 18, S. 131 ff. und Bd. 19, S. 166 ff.

Riviera⁹ und die Talschaft Blenio¹⁰. Diese Statuten enthielten, z. T. in wirrem Durcheinander, z. T. aber auch, wie die Statuten von Mendris und Balerna, systematisch geordnet, Bestimmungen privatrechtlichen, strafrechtlichen, prozessrechtlichen und verwaltungsrechtlichen Inhalts.

In der Helvetik behielt man die alten Statutarrechte als provisorisches Recht ausdrücklich bei¹¹. 1815 setzte der Grosse Rat des Kantons Tessins eine Kommission ein, die beauftragt wurde, 'di fare un progetto di Codice Civile, Criminale, e di procedura'. 1827 erweiterte der Staatsrat diese Kommission um zwei Mitglieder, und 1834, vier Jahre nach dem Erlass der republikanischen Verfassung von 1830, legte diese dem Staatsrat den Entwurf zu einem Codice Civile zusammen mit einem erläuternden Bericht vor¹². Dieser Entwurf wurde 1836 und 1837 im Grossen Rat behandelt und, nach wenigen Aenderungen, auf den 1. Januar 1838 in Kraft gesetzt.

II. Die Regelung der Vertretung vor Erlass des Codice Civile della Repubblica e Cantone del Ticino

A. Die Prozessvertretung¹³

Die Einrichtung des Anwaltes in Prozesssachen war schon den frühen Tessiner Statuten wohlbekannt. Man unterschied grundsätzlich zwischen den eigentlichen Prokuratoren, den Parteivertretern¹⁴, und den Advocati,

9 Die Statuten der Vogtei Riviera von 1632, hrsg. von Andreas Heusler in ZSR, N. F., Bd. 25, S. 215 ff.

10 Die Statuten der Talschaft und Vogtei Blenio, hrsg. von Andreas Heusler in ZSR, N. F., Bd. 26, S. 195 ff.

11 Patocchi, a. a. O., S. 91 ff.

12 ders., a. a. O., S. 103 ff.; Bericht abgedruckt S. 155 ff.

13 Emil Florian Davatz, Die Rechtsanwaltschaft im Gebiete des Kantons Tessins, Diss. iur. Zürich, Zürich 1948.

14 ders., a. a. O., S. 34 f.

den rechtsgelehrten Beiständen¹⁵. In der Regel vereinigten aber die in den Statuten als 'procuratori' (übersetzt in den deutschen Texten mit Anwalt, Fürsprecher) bezeichneten Helfer beide Funktionen in sich.

Es stand jeder Partei frei, sich eines Fürsprechers zu bedienen oder nicht:

"Und mag ein jetweder sein eigne Sach selbst vortragen und verfechten"¹⁶.

Fremde Fürsprecher waren in der Riviera, ähnlich wie in Bern und der Waadt, nicht zugelassen¹⁷. Die Advokatur war in den einzelnen Statutarrechten überhaupt sehr ausführlich geregelt¹⁸. Auch die herrschenden Orte mussten sich in ihren Dekreten immer wieder mit der Fürsprechelei beschäftigen¹⁹. So schränkten sie die Vertretungsmacht der Fürsprecher insofern ein, als diesen nicht gestattet war, 'Cession, Verträge oder Kontrakte Namens ihrer Klienten ohne Spezialvollmacht dazu ein(zu)gehen'²⁰. Am besten ist die Prozessvertretung im jüngsten der Statutarrechte, demjenigen von Mendris und Balerna, geregelt:

"Nachdeme einmal ein Advocat zum Fürsprecher laut decretierter Form ernennet ist, soll der selbe jederzeit, so oft als er so wohl klagend als vertheidigend erscheint, nicht anderst angesehen werden als wann seine Principal Parthey selbst gegenwärtig wäre, dergestalten dass kein contumacia geachtet werden kann, ...²¹

15 Emil Florian Davatz, Die Rechtsanwaltschaft im Gebiete des Cantons Tessins, Diss. iur. Zürich, Zürich 1948.

16 Stat. Bellinzona, Cap. 20 fin.

17 Stat. Riviera, Cap. 125.

18 Stat. Locarno, Cap. 11, 48, 87, 168;

Stat. Bellinzona, Cap. 18-20;

Stat. Riviera, Cap. 125;

Stat. Mendris und Balerna, 2. Buch, 3. Kapitel, §§ 18, 19, 25, 29-34; Viertes Buch, 10. Kapitel;

Stat. Val Maggia, 3. Buch, Cap. 11, 20, 32;

Stat. Lugano (Lauis), Cap. 14, 22, 23, 130, 152, 205 von 1696.

19 Heusler, Die Rechtsquellen des Cantons Tessins, Heft 2, Nr. 226 ff.

20 ebenda, Nr. 231.

21 Stat. Mendris und Balerna, 1. Buch, 3. Kapitel, § 30.

Sobald ein Pallast Advocat zum Fürsprecher oder Vertheidiger erwählt ist, soll verstanden werden, dass er uneingeschränkten Gewalt zu denen Streitsachen bis zur Beendigung des Rechthandels und Ausspruch des Urtheils auf das Förmlichste empfangen habe, ..."22

Dadurch wurde auch die Vertretungsmacht klar umschrieben. Sonst hätte man ja für jede Prozesshandlung wieder neue Vollmachten verlangen müssen.

In der Ausübung der Prozessvertretung gab es auch im Tessin grosse Missstände. Diese scheinen aber nicht von allzu schwerwiegenden Folgen gewesen zu sein. Im übrigen war es wegen der Aufteilung des Tessins in verschiedene politische Einheiten unmöglich, Probleme solcher Art gesamthaft befriedigend zu lösen²³.

B. Die gesetzliche Vertretung

Die Frage der gesetzlichen Vertretung war, wie die meisten anderen familienrechtlichen Fragen auch, in den Tessiner Statutarrechten wenigstens andeutungsweise geregelt, wenn auch nicht immer mit der erforderlichen Klarheit und Eindeutigkeit.

Die Ehefrau konnte nur mit Einwilligung ihres Ehemannes kontrahieren, die volljährige, ledige Frau nur mit der Einwilligung ihrer nächsten Verwandten²⁴. In Locarno wurde der ledigen volljährigen Frau, falls sie keine Verwandten in der Vogtei besass, erlaubt, für ihren Lebensunterhalt zu kontrahieren, wobei der Umfang dieser Befugnis vom Landvogt festgesetzt wurde²⁵. Ueber die Frau bestand also keine eigentliche

22 Stat. Mendris und Balerna, 1. Buch, 3. Kapitel, § 31.

23 Davatz, a. a. O., S. 124 ff.

24 Stat. Lugano von 1696, Cap. 115;
Stat. Riviera, Cap. 156.

25 Heusler, Die Rechtsquellen des Cantons Tessin, Heft 2, Nr. 555, Ziff. 14 und Nr. 642.

Geschlechtsvormundschaft, sondern nur eine Beistandschaft. Ein Vertretungsrecht des Ehemannes für seine Ehefrau erwähnen nur die Bellenzer Statuten beiläufig²⁶.

Dass der Vater für seine Kinder Rechte erwerben und Pflichten begründen konnte, ist in keinem einzigen Statutenbuch enthalten. Es ergibt sich dies nur aus der Tatsache, dass Minderjährige oder überhaupt Söhne unter väterlicher Gewalt (die an sich durchaus volljährig sein konnten) sich nicht verpflichten konnten²⁷.

Die Beendigung dieses Zustandes der Abhängigkeit brachte die Emanzipation, die ausdrückliche Loslösung von der väterlichen Gewalt, die für die Söhne teils mit vierzehn, meist aber erst mit zwanzig Jahren möglich war²⁸. Einen Eintritt der Handlungsfähigkeit ipso iure sahen alle Statutarrechte nicht vor.

Die Vormundschaft und die damit verbundene gesetzliche Vertretung ordneten nur die Statuten von Mendris und Balerna ausführlich:

"§ 1. Die Unmündige männlichen Geschlechts, welche nicht vollkommen vierzehn Jahre alt seyn, wie auch die Unmündige weiblichen Geschlechts, welche das zwölfte Jahr noch nicht erreicht haben, sollen keinerlei Contract, Obligationes und Veräusserungen machen können, sondern wird ein solches von ihren respective Vormündern gemacht werden müssen; jene Personen aber männlichen Geschlechts, welche das vierzehende, und Weibsbilder, welche das zwölfte Jahr

26 Stat. Bellinzona, Cap. 18 fin.

27 So Stat. Bellinzona, Cap. 86;
Stat. Riviera, Cap. 145 in Verbindung mit Cap. 190;
Stat. Blenio, Cap. 125;
Stat. Mendris und Balerna, 2. Buch, 29. Kapitel;
Stat. Val Maggia, 3. Buch, Cap. 74;
Für Locarno siehe Heusler, a. a. O., Nr. 642.

28 Stat. Locarno, Cap. 59 und 60;
Stat. Bellinzona, Cap. 87;
Stat. Riviera, Cap. 142;
Stat. Mendris und Balerna, 2. Buch, 30. Kapitel;
Stat. Val Maggia, Cap. 71 und 72;
Stat. Lugano von 1696, Cap. 72.

erreicht haben, bis auf zwanzig Jahr inclusive, in welchem Alter die der Vormundschaft entlassen und ihres Rechtes seins werden, ... Veräusserungs-Contract hingegen sollen sie nicht anders als mit Gewalt, Willen und Beistand ihres Curatoren bewürken können"²⁹.

Neben den Minderjährigen wurden auch Verschwender und Geisteskranke (nährische Personen) bevormundet³⁰. In Bellinzona entzog man ihnen nur für drei Jahre die Verwaltung ihrer Güter³¹.

Die Vormundschaft wurde i. d. R. den nächsten Blutsverwandten übergeben, zum Teil aber auch der Mutter, sofern sie sich nicht wieder verheiratete³² oder fleischlich versündigte³³.

Die Aufgaben, und, damit aufs engste verbunden, auch die Vertretungsmacht des Vormundes oder Vogtes regelten nur die Statuten von Mendrisio einigermassen ausführlich: Knaben, die das vierzehnte, Mädchen, die das zwölfte Altersjahr vollendet hatten, konnten belastende Verträge nur 'mit Gewalt, Willen und Beistand ihres Curators bewürken'³⁴. Daraus ergibt sich, dass vor diesem Zeitpunkt der Vogt allein handelnd für seine Pupillen auftrat. Dazu heisst es noch ausdrücklich:

"... dass sie (Vormünder und Vögte) die Unmündige und die Sachen der Minderjährigen wohl verwalten, versorgen, vertheidigen und unverletzt erhalten, den Schaden abwenden und den Nutzen suchen ..."³⁵.

29 Stat. Mendris und Balerna, 2. Buch, 30. Kapitel, § 1.

30 Stat. Locarno, Cap. 33;
Stat. Lugano von 1696, Cap. 68;
Stat. Mendris und Balerna, 2. Buch, 30. Kapitel, § 2.

31 Stat. Bellinzona, Cap. 88.

32 Stat. Locarno, Cap. 84;
Stat. Mendris und Balerna, 2. Buch, 28. Kapitel, §§ 7 und 8.

33 Stat. Locarno, Cap. 84.

34 Stat. Mendris und Balerna, 2. Buch, 28. Kapitel, § 1.

35 wie 34, § 4.

Aus alledem ersehen wir, dass im Kanton Tessin inbezug auf die gesetzliche Vertretung keine besonders erwähnenswerten Einrichtungen oder Normen bestanden.

C. Die gewillkürte Vertretung

Wo die Prozessvertretung derart gut ausgebaut war wie im alten tessinischen Recht, war auch die Vertretung in Rechtsgeschäften zulässig.

Schon die alten Statuten von Lugano liessen den Rechtserwerb durch Dritte ausdrücklich zu:

"Item statutum est, si aliqua carta alicuius contractus vel obligationis olim usque hodie facta est et de cetero fiet in manu alicuius recipientis ad partem vel nomine alterius, quod illa carta contractus et obligatio tantum valeat deinde et prosit illi ad cuius partem seu cuius nomine facta est vel recepta, ac si cartam vel contractum vel obligationem recipisset, et inde ius sit ei in omnibus et per omnia acquisitum"³⁶.

Die Kapitel über die Prokuratoren betreffen augenscheinlich nicht nur die gerichtlichen Prokuratoren, sondern auch Prokuratoren zum Abschluss von Rechtsgeschäften³⁷.

Die Statuten von Val Maggia lassen auch die Stipulation im Namen eines Dritten zu:

"Item hanno statuito che caduna persona puossi stipolare et ricevere ad utilità et à richiesta d'un altro qualunque contratto ò instromento, qual contratto ò instromento vaglia come il contra-hente ivi fosse stato personalmente, et questo habbia luocho tanto per il passato quanto per l'avenire"³⁸.

Dieselben Statuten verboten ausdrücklich, für dieselbe Sache zwei Vertreter beizuziehen³⁹.

36 Stat. Lugano von 1441, Cap. 165.

37 Stat. Lugano von 1441, Cap. 39-42.

38 Stat. Val Maggia, Cap. 101, Libro terzo.

39 ebenda, Cap. 104, Libro terzo.

Derartige Normen enthielten auch noch die Statuten von Lugano aus dem Jahre 1696:

"Contract, so im Namen dritter Person gemacht werden, sollen ihre Wirkung haben"⁴⁰.

Damit ist aber, wie sich aus dem weiteren Text schliessen lässt, eher der Vertrag zugunsten Dritter gemeint, nicht unbedingt der Rechtserwerb für Dritte oder gar die unmittelbare Drittverpflichtung.

Die Statuten von Bellinzona sprechen von 'Anwäldt und Syndici ... zum verobligieren, Schuld bekennen, kaufen, verkaufen, übergeben, Bezah- lungen einzunehmen, Anstösse zu vergleichen und andere Verträge zu thun ...'⁴¹, also in jedem Fall von aussergerichtlichen Vertretern.

Die Statuten von Riviera erwähnen die aussergerichtliche Vertretung nur im Zusammenhang mit der Norm, dass die Väter nicht für die Schulden ihrer Söhne einzustehen hätten, ausser 'dass sie Befehl hatten'⁴².

Auch bei der Regelung der gewillkürten Vertretung sind die jüngsten Statuten die ausführlichsten. Sie setzen die grundsätzliche Zulässigkeit der Stellvertretung einfach voraus und regeln nur noch deren Widerruf:

"Alle im und aussert Gericht errichtete Vollmachten so wohl um Streitsachen und Rechthandel zu führen und zu vertheidigen als auch zu allerlei Verkäufen, Verschreibungen, Verpfändungen und andere sonderliche und allgemeine Sachen bewerkstelligen zu können, sollen jederzeit auf eine bestimmte Zeit gestellt, und falls man sothane Vollmachten widerrufen wollte, die Widerrufung entweder an einem Rechtstag in öffentlichem Schuldgericht oder durch einen öffentlichen Ruf kund gemacht werden"⁴³.

Die Regelung der gewillkürten Vertretung im alten Tessiner Recht war, im Vergleich zur Entwicklung ennet den Alpen, sehr viel weiter fortge-

40 Stat. Lugano von 1696, Cap. 70.

41 Stat. Bellinzona, Cap. 133.

42 Stat. Riviera, Cap. 190.

43 Stat. Mendris und Balerna, 1. Buch, 3. Kapitel, § 32.

schritten. Die unmittelbare Drittberechtigung und -verpflichtung scheint generell zugelassen worden zu sein, ausgenommen in Lugano, wo die Statuten ausdrücklich nur die Drittberechtigung erwähnten.

III. Die Regelung der Vertretung in den Tessiner Gesetzen des 19. Jahrhunderts

A. Die Prozessvertretung

Nach der Beendigung der eidgenössischen Herrschaft im Tessin und der Gründung des neuen Kantons erfolgte die weitere Entwicklung der Prozessvertretung in mehreren Schritten.

Während der kurzen Zeit der Helvetik existierten offenbar keine Beschränkungen für die Zulassung zur Advokatur; diese erfolgte vermutlich durch das Appellationsgericht⁴⁴. Die Bestellung des Parteivertreters beruhte, wie zur Zeit des Ancien Régime, auf einem schriftlichen Mandat⁴⁵.

Die Missstände waren dadurch nicht behoben, die schon früher durch die freie Ausübung des Anwaltsberufes geherrscht hatten. So erliess der Grosse Rat des Kantons Tessin schon im Jahre 1804 ein Gesetz über die 'Autorità, che conferisce la patente d'Avvocato, e requisiti per ottenerla'⁴⁶, wonach die Ausübung der Advokatur bzw. die Erteilung der Anwaltspatente durch das Appellationsgericht an gewisse Bedingungen geknüpft wurde⁴⁷.

Die Codice di Procedura Civile von 1820, dessen Rechtsstoff im wesentlichen aus der Westgalizischen Gerichtsordnung von 1796 stammte und

44 Davatz, a. a. O., S. 131.

45 ders., a. a. O., S. 133.

46 ders., a. a. O., S. 137 (zit.).

47 ders., a. a. O., S. 138-140.

nur sehr wenige Normen aus dem alten Tessiner Statutarrecht enthielt⁴⁸, regelte auch die Frage des Auftretens vor Gericht neu. Nach Art. 126 und 195 CPC von 1820 war jeder Partei die Wahlmöglichkeit eingeräumt, entweder persönlich vor Gericht zu erscheinen oder sich durch einen 'procuratore' vertreten zu lassen. Dieser 'procuratore' musste aber nicht zwingend Rechtsanwalt sein, wohl aber handlungsfähiger Schweizerbürger⁴⁹. Bestellt wurde er vermitteltst einer schriftlichen Vollmacht⁵⁰. Prozessakten durfte er nur mit einer Spezialvollmacht zur Führung des betreffenden Prozesses unterzeichnen⁵¹. Fehlte es den selbst vor Gericht auftretenden Parteien am nötigen Anstand oder taten sie sich durch eine besondere Leidenschaft hervor (!), so wurde ihnen von Amtes wegen ein Rechtsanwalt bestellt⁵².

Die Zivilprozessordnung von 1820 wurde bald einmal wegen ihres überspitzten Formalismus kritisiert⁵³. Aus verschiedenen Gründen konnte eine neue Zivilprozessordnung erst im Jahre 1843 in Kraft gesetzt werden, die aber inbezug auf die Prozessvertretung wenig Aenderungen brachte⁵⁴.

Die Zulassung zur Advokatur wurde 1855 im Sinne einer Verschärfung der Bestimmungen neu geregelt, und zwar in zwei verschiedenen Gesetzen, der 'Legge sull' esercizio dell'avvocatura' und der 'Legge sugli alunnati giudiziari' (einer einjährigen Gerichtspraxis für Anwaltskandidaten)⁵⁵.

Erst die Zivilprozessordnung von 1899 brachte ein Verfahren, das es den Anwälten erschwerte, Prozesse zu verschleppen oder sonstwie zu

48 Davatz, a.a.O., S. 188/189.

49 ders., a.a.O., S. 192, Art. 87 CPC von 1820.

50 ebenda.

51 Art. 819 CPC von 1820

52 Davatz, a.a.O., 211; Art. 126 CPC von 1820.

53 ders., a.a.O., S. 209 f.

54 ders., a.a.O., S. 210 ff.

55 ders., a.a.O., S. 140 ff.

vertrölen⁵⁶. Auch nach dem neuen CPC konnten die Parteien ihre Rechts-
händel persönlich oder durch einen 'procuratore' verfechten⁵⁷. Nicht ge-
stattet war die Vertretung in personen- und familienrechtlichen Prozes-
sen⁵⁸. Eine Vollmachtsurkunde für die Bestellung eines gerichtlichen
Vertreters war nicht mehr notwendig, wenn die Partei zusammen mit
ihrem Anwalt vor Gericht auftrat und dieser in deren Namen das Wort
ergriff. Er galt danach auch weiterhin als bevollmächtigt⁵⁹.

B. Die gesetzliche Vertretung

Die Regelung der gesetzlichen Vertretung im C.c.tic. bewegte sich im
Rahmen derjenigen der übrigen damaligen Kodifikationen. Hervorzuhe-
ben ist, dass dieser sonst in vielem konservative Kanton die Geschlechts-
beistandschaft über die Frau nicht aus den Statutarrechten übernahm.

Keiner Vertretung bedurften volljährige Personen beiderlei Geschlechts,
die der 'patria podestà' nicht mehr unterworfen waren. Die Ehefrau
galt grundsätzlich ebenfalls als handlungsfähig, doch führte C.c.tic. 65
die im ganzen Bereich der Code civil-Gruppe üblichen Einschränkungen
an:

"La moglie non può alienare, obbligarsi, acquistare a titolo oneroso,
nè stare in giudizio senza l'assenso del marito."

Im Gegensatz aber etwa zum C.c.fr., der in Art. 271 von 'acquérir à
titre gratuit ou onéreux' gesprochen hatte, begnügte sich der Tessiner
Gesetzgeber mit dem Verbot der Eingehung belastender Verträge. Bei
einer allfälligen Weigerung des Ehemannes, die Zustimmung zum Ab-
schluss entsprechender Verträge zu geben, konnte die Ehefrau ans Ge-
richt gelangen, das ihr einen Beistand bestellte oder sie zum Selbst-

56 Davatz, a.a.O., S. 243.

57 ders., a.a.O., S. 246; Art. 66 CPC von 1899.

58 ebenda.

59 Davatz, a.a.O., S. 248; Art. 42 CPC von 1899.

handeln ermächtigte⁶⁰. Die Handels- oder Kauffrau durfte sich im Rahmen ihres Geschäfts frei verpflichten⁶¹.

Die väterliche Gewalt war ein umfassendes Autoritätsverhältnis zwischen dem Pater familias einerseits und seinen Kindern und deren Nachkommen andererseits⁶². Es bestand hauptsächlich aus dem Recht, 'di dirigere le azioni dei propri figli, ...'⁶³ und dem Recht (und der Pflicht),

"di assisterli e rappresentarli in qualunque loro interesse si in giudizio che fuori, di nominare loro curatori testamentari, ed anche l'erede pel caso che vengano a morire in istato di incapacità a testare;"⁶⁴

Dem Pater familias war also ausdrücklich sowohl die gerichtliche als auch die aussergerichtliche Vertretung seiner Kinder und allenfalls seiner Enkel aufgetragen. Die väterliche Gewalt endigte im Normalfall, wenn der Sohn oder die Tochter das fünfundzwanzigste Altersjahr erreichte, sonst durch die Emanzipation, den (natürlichen oder bürgerlichen) Tod des Vaters oder des Kindes oder die Heirat der Tochter⁶⁵.

Die Emanzipation, die der Vater nach dem vollendeten achtzehnten Altersjahr seines Sohnes durch eine öffentliche Beurkundung vornehmen konnte, verschaffte dem emanzipierten Sohn die volle zivilrechtliche Handlungsfähigkeit⁶⁶. Der Vater konnte aber in keinem Fall gezwungen werden, seinen Sohn zu emanzipieren⁶⁷. Dagegen wurde der volljährige, verheiratete Sohn, der einen eigenen Haushalt führte, als emanzipiert betrachtet⁶⁸.

60 C. c. tic. 65 § 2.

61 C. c. tic. 66.

62 C. c. tic. 102.

63 C. c. tic. 103 Abs. 1.

64 C. c. tic. 103 Abs. 2.

65 C. c. tic. 104.

66 C. c. tic. 105-107.

67 C. c. tic. 105 § 1.

68 C. c. tic. 106.

Das Volljährigkeitsalter war auf zwanzig Jahre festgesetzt. Bei dessen Erreichen gelangten sowohl Männer als auch Frauen in den Genuss der Handlungsfähigkeit, die nur durch einzelne Bestimmungen (so C. c. tic. 50, rev. durch Gesetz vom 17. Juni 1855, über die Zustimmung des Vaters zur Heirat, falls der betr. Bräutigam oder die Braut sich noch unter der väterlichen Gewalt befand) eingeschränkt wurde⁶⁹.

Dem Vormund kam inbezug auf die Vertretung seiner Mündel die gleiche Rechtsstellung zu wie dem Vater inbezug auf die Vertretung seiner Kinder:

"Il curatore provvede al mantenimento ed all'educazione morale e civile della persona a lui affidata; ne amministra, da buon padre di famiglia, le sostanze, e la rappresenta nei contratti e nei giudizi"⁷⁰.

Der Vormundschaft unterworfen waren neben den Minderjährigen, über die weder der Vater noch der Grossvater die väterliche Gewalt ausübte⁷¹, Taubstumme, Geisteskranke und -schwache, Verschwender und Verbrecher während der Verbüßung ihrer Strafzeit⁷². Die Mutter konnte grundsätzlich als Vormund ihrer Kinder bestellt werden, doch wurden ihr u. U. ein oder gar mehrere 'curatori' zur Seite gestellt⁷³. Sonst waren Frauen zur Ausübung der Vormundschaft und damit zur Uebernahme einer gesetzlichen Vertretung unfähig⁷⁴.

C. Die gewillkürte Vertretung

Der Tessiner Gesetzgeber richtete sich bei der Arbeit am Codice civile vor allem nach dem Code civil français. Daneben berücksichtigte er den

69 C. c. tic. 109.

70 C. c. tic. 129.

71 C. c. tic. 111.

72 C. c. tic. 112.

73 C. c. tic. 119 und 123.

74 C. c. tic. 124.

Codice civile für Parma, Piacenza und Guastalla aus dem Jahre 1820, der seinerseits auf dem Code Napoléon basierte, sowie das ABGB⁷⁵.

Es erstaunt daher nicht, dass auch die Stellvertretung, die wie überall zu jener Zeit, im Rahmen des Mandats geregelt war, zu einem grossen Teil wortwörtlich aus dem C.c.fr. und dem C.Parm. übernommen wurde.

Ein erster grundlegender Unterschied zu diesen beiden Kodifikationen bildet einmal das Fehlen der Norm, ohne diesbezügliche Uebereinkunft sei das Mandat als unentgeltlicher Vertrag zu behandeln⁷⁶. Damit entfiel auch der Satz, bei einer allfälligen Unentgeltlichkeit des Mandats sei die Haftung des Mandatars milder zu beurteilen⁷⁷.

Bei der Umschreibung der Vertretungsmacht begnügte sich der C.c.tic. mit der Feststellung:

"Il mandatario non può fare cosa alcuna oltre i limiti del mandato" (Art. 1073 C.c.tic.).

während der C.c.parm. in Art. 2019 aus dem C.c.fr. die Vorschrift übernahm, dass die Vollmacht, einen Vergleich abzuschliessen, nicht die Vollmacht in sich schliesse, die Streitsache einem Schiedsspruch zu unterwerfen.

Weder der C.c.parm. noch der C.c.tic. enthielten den Art. 1990 des C.c.fr., der die Bestellung von Frauen und emanzipierten Minderjährigen zu Stellvertretern regelte.

75 Collezione completa dei moderni codici civili degli stati d'Italia, Torino 1845, I ff.

76 C.c.fr. 1986; C.c.parm. 2016.

77 C.c.fr. 1992;
C.c.parm. 2021 (Lo è però meno rispetto alle colpe, quando il mandato è gratuito).
C.c.tic. 1075.

Des weiteren fehlen im C.c.tic. zwei an sich unwichtige Artikel über die Verzinsung von Geldsummen durch den Mandatar und den Wegfall jeder Garantenstellung des Mandatars, der sich seinem Verhandlungspartner gegenüber als solcher legitimiert hat⁷⁸.

Unter den Pflichten des Mandanten ist im C.c.tic., im Gegensatz zu den beiden anderen Gesetzeswerken, ausdrücklich die Pflicht angeführt, in jedem Fall 'una conveniente mercede' zu entrichten⁷⁸. Durch die prinzipielle Entgeltlichkeit des Mandates entfallen auch die Bestimmungen über die Bezahlung der Auslagen bei Fehlschlägen des Geschäftes, zu dem der Mandatar beauftragt war, sowie die Herabsetzung der Spesenforderungen⁸⁰.

Die Artikel 2006 C.c.fr. (C.c.parm. 2035), wonach die Bestellung eines neuen Vertreters die Abberufung des bisherigen bedeutet, fehlt im C.c.tic., ergibt sich aber aus allgemeinen Grundsätzen. Im übrigen entsprechen die Erlöschensgründe im C.c.tic. denjenigen seiner beiden Vorlagen.

78 C.d.fr. 1996 und 1997.
C.c.parm. 2025 und 2026.

79 C.c.fr. 1999 Abs. 1.
C.c.parm. 2028 Abs. 1.
C.c.tic. 1080.

80 C.c.fr. 1999 Abs. 2 und 2000.
C.c.parm. 2028 Abs. 2 und 2020.

4. Abschnitt

DIE REGELUNG DER STELLVERTRETUNG IM FREIBURGISCHEN RECHT

I. Gesetzgebungsgeschichte¹

Bei ihrer Gründung erhielt die Stadt Freiburg im Jahre 1179, wie alle Zähringer Städte, eine Stiftungsurkunde, in der neben öffentlichrechtlichen auch privatrechtliche Normen enthalten waren².

Das erste einigermaßen vollständige Gesetzeswerk Freiburgs war das 'Stadtbuch der löblichen Stadt Freiburg im Uechtland', verfasst von Guillaume Techtermann und im Jahre 1648 nach mehr als hundert Jahren vorbereitender Arbeiten und Entwürfe in Kraft gesetzt³. Sein Inhalt stammt teils aus dem deutschen, teils aus dem romanischen Rechtskreis⁴. Neben dem Stadtbuch (der 'Municipale'), das nur in der Stadt selbst und deren näherer Umgebung Geltung besass, herrschten die Coutumes, so vor allem der 'Coutumier de Moudon' in den Gebieten der ehemals savoyischen, dazumal freiburgischen Waadt und im Greyerzerland⁵.

Das Stadtbuch und das Gewohnheitsrecht in den übrigen Kantonsteilen blieb noch bis in die erste Hälfte des 19. Jahrhunderts hinein in Kraft und wurde nur nach und nach von der Gesetzgebung überholt. Der Code

1 Christian Holder, Ueberblick über die Freiburger Verfassungsgeschichte, Freiburg 1900.

Henri Legras, La Municipale de Fribourg et le droit romain, Contribution à l'histoire de la réception en Suisse, in 'Acta congressus iuridici internationalis, Vol. II, Romae 1935, 485 ff.

M. Daguet, Coup-d'oeil sur l'ancien droit fribourgeois, o.O. u. J.

2 Holder, a. a. O. 6/7.

3 Legras, a. a. O. 486; Daguet, a. a. O. 233 f.

4 Legras, a. a. O. 486 f.

5 Farry, a. a. O. 327; Daguet, a. a. O. 235.

civil, der in fünf Büchern in den Jahren 1834 bis 1850 erschien, war weniger stark dem französischen Code civil nachgebildet als z.B. der waadtländische Code civil⁶.

II. Die Regelung der Vertretung in der Munizipale von 1648

A. Die Prozessvertretung

Die Munizipale schweigt sich über die Zulassung einer eigentlichen Prozessvertretung aus. Belegt sind dort nur die Fürsprecher der beiden Parteien:

"Der gerichtslüten ampt.

... sollen sie verbunden und dahin verpflichtet syn, das welcher under ihnen, er sye glych der räthen, sechzig oder burgern, von der klagenden oder versprechenden parthy zu fürsprechen genommen würd, derselbig der anrufenden parthy handel und red in der sprach, in welcher alle gerichtliche acta und urkund zuvertigen gewohnt seind, namlich in teütscher sprach, ..., darthüe ..."7

Der Beizug von Advokaten auf der Grundlage des Mandats zur Einholung von Rechtsauskünften vor der Prozesseinleitung war sicher möglich, nur im eigentlichen Prozess gab es für solche Helfer keinen Platz.

B. Die gesetzliche Vertretung

Die Munizipale enthält sehr wenige Bestimmungen über gesetzliche Vertretungsverhältnisse. Wer eines Vertreters bedurfte, kann aus Artikel 109, 'Handlungsfähigkeit', geschlossen werden. Dort wird erklärt, wer zu kontrahieren befugt sei, also keinen Vertreter benötigte:

6 Huber, System I, 53; Mutzner, a.a.O. 99.

7 Munizipale, Art. 13, in ZSR N. F. Band 15, 1896.

"Was personen ze contrahieren vehig und befuegt seind. Vernünftige, unargwänige, unverleümbdete, unverpfrüente, unverpeenigte mannspersonen, die ihr achtzehnjährig alter erreicht, und wybspersonen von (sechzehn) jahren, die nit under des vatters, mutter oder vögten oder vormünderen gewalt, sunders emancipiert und ihres guts fry sind, ihr sachen selbs regierend und verwaltend, wann das wyb durch den mann oder von der oberkeit (wann ein kind vorhanden) zu göümerin und verwalterin der kinden und derselbigen guts geordnet ist, ..."⁸.

Damit war die Handlungsfähigkeit von Mann und Frau anerkannt. Im weiteren dürfen wir sicher auch für Freiburg, trotz des Fehlens weiterer Normen über die Vertretungsmacht des Familienvaters in der Municipale, eine deutschrechtliche Struktur der Familie voraussetzen.

Ausführlich geregelt ist das Vormundschaftsrecht. Der Vater war befugt, auf seinen Tod hin den Kindern einen Vormund zu geben. Dies konnte ein Verwandter, die Mutter oder ein beliebiger Dritter sein. Die Mutter besass ohne eine entsprechende letztwillige Anordnung des Vaters kein Recht auf die Zuspreehung der Vormundschaft über ihre minderjährigen Kinder⁹. Bevogtet werden konnten aber nicht nur Witwen und Waisen. Den Waisenvögten war auch aufgetragen,

"das si uf solche wittiben, vatter- und mutterlose kind und andere erbärdmliche personen, die ihr gut und geschäft nit verwalten könnend und die das ihr mit allerhand lychtvertigkeit, auch mit bösen pactungen vergüend, gute achtung zegebend und zeververschaffend, das si mit rechtsinnigen pflegern versorget und der bevögten personen güter geschirmet und in zimenden ehren gehalten werdind"¹⁰.

Frauen, ausgenommen die Mutter, waren von der Uebernahme einer Vormundschaft ausgeschlossen¹¹.

Die Pflichten des Vormundes bestanden darin, in allen Belangen für das Mündel zu sorgen, in vermögensrechtlicher Hinsicht insbesondere

⁸ Municipale, Art. 109, in ZSR N. F. Band 15, 1896.

⁹ ebenda, Art. 439, in ZSR N. F. Band 17, 1898.

¹⁰ ebenda, Art. 441, in ZSR N. F. Band 17, 1898.

¹¹ ebenda, Art. 448, Anm. 1, in ZSR Band 17, 1898.

"ihre sachen (an allen gerichtten und rechten versprechen, verantworten und vorstahn, Anm. 5) wa und wann es die noth ervorderet, getreüwlich als syn eigen ding zeverwalten und verhandlen ..."¹².

Der Vormund musste also für das Mündel sämtliche vermögensrechtlichen Geschäfte tätigen. Damit er dies aber überhaupt tun konnte, musste er über die dazu notwendige Vertretungsmacht und natürlich auch -befugnis verfügen. Dasselbe gilt auch für die Vertretung vor Gericht.

C. Die gewillkürte Vertretung

Die Munizipale enthält nur eine einzige Bestimmung, in der ein Stellvertreter erwähnt wird, den Artikel 211. Er lautet:

"Versatzung und verpflichtung durch sendbotten.

Ein anwalt und sendbott eines herren oder anderer sunderbarer personen noch einicher gewaltshaber ist nit befüegt, synes herren oder gewaltgebers güeter ohne desselbigen gunst und ustrucklichen bevelch zevershryben noch einichs wegs zeversetzen noch zeverpfänden, vil weniger zeverkaufen ..."¹³.

Dieser Artikel beweist nicht nur die Zulässigkeit der Stellvertretung im altfreiburgischen Recht, sondern umschreibt auch die Vertretungsmacht, die mit der Erteilung einer allgemeinen Vollmacht verbunden war. Für den Verkauf oder die Belehnung von Liegenschaften war demnach immer eine Spezialvollmacht erforderlich.

¹² Munizipale, Art. 442.

¹³ ebenda, Art. 211, in ZSR N. F. Band 16, 1897, S. 201.

III. Die Regelung der Vertretung in den freiburgischen Gesetzen des 19. Jahrhunderts

A. Die Prozessvertretung

Die Ausübung der Advokatur gab offenbar auch im Freiburg der Mediationszeit zu Klagen Anlass. Nur so ist es zu verstehen, dass schon am 19. Oktober 1804 ein "Beschluss über die Ausübung des Advokatenstandes" erging. In der Begründung dieses Erlasses hiess es:

"Da wir betrachtet haben, dass die Unordnung, welche in der Verfassung der Prozeduren herrschet, und die ungeheuren Kosten, so dadurch entstehen, nur zu oft der Unwissenheit derjenigen, welche, ohne von der Regierung begwältigt zu seyn, die streitenden Partheyen leiten, zugeschrieben werden können; ..."14

Der Kleine Rat untersagte mit diesem Erlass all jenen, die nicht über ein Anwaltspatent verfügten, die Ausübung der gerichtlichen Vertretung:

"Jedem, der mit einem Advokaten-Patent von Seite des Kleinen Rathes nicht versehen ist, ist es untersagt vor den Gerichten dieses Kantons Partheyen beyzustehen und diese zu leisten"15.

Schon zwei Jahre später erliess der Grosse Rat ein eigentliches Anwalts-gesetz, das 'Gesetz betreffend die Ausübung des Advokatenberufes vom 27. November 1806'. Darin wurde u.a. die Zahl der zugelassenen Anwälte auf 8 festgesetzt. Ein Vollziehungsbeschluss des freiburgischen Staatsrates zu diesem Gesetz datiert erst vom 8. Juli 1819.

1831 erliess der freiburgische Grosse Rat ein 'Gesetz betreffend den Stand der Prokuratoren'. Die Prokuratoren hatten die Aufgabe, die Gläubiger bei Schuldbetreibungen zu vertreten. Allerdings war es dem Gläubiger unbenommen, seine Betreibungen selbst zu besorgen. Neben der Verfolgung von Betreibungen durfte der Prokurator in bestimmten Fällen auch gewerbsmässig Prozessvertretungen übernehmen, allerdings nur vor unteren Gerichten.

14 Sammlung der Gesetze ... des Kantons Freyburg, Bd. 2, 1804.

15 a. a. O. 212, § 1.

Die Civil-Prozess-Ordnung von 1849 enthielt eine sehr ausführliche Regelung der Prozessvertretung. Es war ihr ein eigener Titel, der dritte nämlich, gewidmet. Der alte Grundsatz, wonach jedermann seine Prozesse selbst führen könne, wurde aufrechterhalten (Art. 89). Ebenso zugelassen war die Prozessvertretung, falls nicht der Gegenstand des Prozesses die persönliche Anwesenheit der Parteien erforderte (Art. 90). Als Bevollmächtigter konnte grundsätzlich jedermann vor Gericht auftreten, falls er sich im Besitze der erforderlichen Vollmacht befand (Art. 94, allgemein Abs. f.). Damit wurde aber nicht etwa die Ausübung der Advokatur freigegeben. Die in der allgemeinen Prozessvollmacht enthaltene Vertretungsmacht wurde in Art. 95 klar definiert:

"Eine allgemeine Vollmacht, zur Besorgung der Rechtshändel des Auftraggebers überhaupt, oder eines einzelnen Prozesses, berechtigt den Bevollmächtigten zu allen Handlungen, welche die Beendigung des Streites auf dem Wege des Rechts und die Vollziehung des Urtheils zum Zwecke haben, nicht aber zu Vergleichen, Uebertragungen an Schiedsrichter und Verzichten; es sei denn, dass die Vollmacht dieser ihn dazu ausdrücklich berechtige."

Die Vertretungsbefugnis konnte selbstverständlich nach den allgemeinen Regeln des Mandats durch den Vollmachtgeber beschnitten werden. Aus der Wortwahl im Text geht nämlich sehr klar hervor, dass dem Verhältnis zwischen dem Auftraggeber (Vollmachtgeber) und dem bevollmächtigten Prozessvertreter der einfache Auftrag zugrunde gelegt werden musste.

Das gleichzeitig mit der Civil-Prozess-Ordnung von 1849 erlassene Gesetz über die gerichtliche Schuldbetreibung gab die Tätigkeit als Prokurator frei (Art. 175).

B. Die gesetzliche Vertretung

Der C. c. frib. folgte im Aufbau des Personen- und Familienrechts in keiner Art und Weise dem C. c. français. Wesentlichste Differenz war, neben der Plazierung des Güterrechts im ersten Buch, 'Lois concernant

les personnes', anstatt im dritten des C. c. f., 'Des différentes manières dont on acquiert la propriété' (bzw. im vierten des C. c. frib., 'Lois concernant les obligations et leurs suites'), die Regelung der Voraussetzungen und persönlichen Wirkungen der Eheschließung sowie der Auflösung der Ehe in der Spezialgesetzgebung, getrennt für die beiden christlichen Konfessionen. Diese Spezialgesetzgebung hatte aber keinen Einfluss auf die Vertretungsverhältnisse innerhalb der Familie.

Der Vater übte über seine Kinder bis zu deren Volljährigkeit oder Emancipation (C. c. frib. Art. 210 Abs. 1) die elterliche Gewalt (la puissance paternelle) aus. Sie bestand

"... dans l'autorité des pères et mères sur la personne de leurs enfants mineurs non émancipés et dans les droits ci-après mentionnés sur leurs biens" (C. c. frib. Art. 183).

Während der Dauer der Ehe übte der Vater diese Gewalt allein aus (C. c. frib. Art. 184), im Falle seines Todes ging das Recht zu ihrer Ausübung auf die Mutter über, wenn der Vater seinen Kindern keinen andern Vormund bestellt hatte (C. c. frib. Art. 211), ebenso beim Konkurs des Gatten oder wenn ein Gericht die Führung der Vormundschaft der Mutter übertrug (ebenda). Die Mutter übte die elterliche Gewalt auch dann aus, wenn der Vater abwesend war. Die elterliche Gewalt umfasste einmal die Vertretungsmacht und -befugnis:

"Le père représente l'enfant dans tous les actes civils ..." (C. c. frib. Art. 191).

Das Kind war grundsätzlich handlungsunfähig, konnte allerdings mit der Einwilligung seines Vaters Verpflichtungsgeschäfte eingehen (C. c. frib. Art. 192), aber

"L'enfant autorisé demeure seul responsable des faits qui sont le suite de son engagement, de son office, de sa profession, ou de son industrie séparé" (C. c. frib. Art. 193).

Die Vertretungsmacht des Vaters, der das Vermögen seiner minderjährigen Kinder verwaltete (C. c. frib. Art. 211), war aber nicht unumschränkt; der Zustimmung des Waisenamtes oder des zuständigen Gerichtes waren unterworfen:

"...

- 1^o Les emprunts d'argent, les dettes, les cautionnements et les autres engagements de cette nature;
- 2^o Les acquisitions et aliénations d'immeubles; la constitution d'hypothèque, et l'établissement de servitude;
- 3^o Les bâtisses à neuf et les réparations considérables" (C. c. frib. Art. 205 Abs. 2).

Die Vertretung der ehelichen Gemeinschaft stand dem Mann als Oberhaupt der Familie zu, doch wurde der Frau ausdrücklich die Schlüsselgewalt eingeräumt:

"Les faits et engagements de la femme, qui ont l'administration du ménage pour objet, et qui n'excèdent pas évidemment son état et sa condition, obligent le mari" (C. c. frib. Art. 55 Abs. 2).

Im übrigen war die Ehefrau rechtlich unselbständig; für gewisse Geschäfte (vor allem Hypothekargeschäfte, Darlehensaufnahme etc.) bedurfte sie der Ermächtigung des Ehemannes und des zuständigen Gerichts (C. c. frib. Art. 57), für andere wiederum genügte die Zustimmung des Ehemannes (C. c. frib. Art. 58), so für die Annahme oder Ausschlagung von Erbschaften, Erbschaftsteilungen u. ä.

War die Gattin Handelsfrau (*marchande publique*), so wurde angenommen, sie betreibe das betreffende Geschäft für ihren Ehemann. Dadurch verpflichtete sie ihn allein in den Grenzen der ihr so erteilten Vollmacht (C. c. frib. Art. 62, ebenso *Code de commerce* frib. Art. 5 ff.).

Fiel der Inhaber der elterlichen Gewalt aus, so erhielt das minderjährige, nicht emanzipierte Kind einen Vormund (C. c. frib. Art. 237). Dieser hatte, neben der persönlichen Fürsorge (C. c. frib. Art. 267), das Vermögen des Mündels 'en bon père de famille' zu verwalten und, wie der Inhaber der elterlichen Gewalt, den Minderjährigen in allen Rechtsgeschäften zu vertreten (C. c. frib. Art. 272 Abs. 1); der Minderjährige konnte sich ohne Ermächtigung seines Vormundes nicht verpflichten (C. c. frib. Art. 272 Abs. 2). Die Vertretungsmacht des Vormundes wurde eingeschränkt durch dessen Pflicht, für den Abschluss wichtiger Geschäfte die Ermächtigung des Waisenamtes einzuholen (C. c. frib. Art. 280 ff.), so z. B. für die Prozessvertretung (C. c. frib. Art. 293 ff.).

Die väterliche Gewalt und die Vormundschaft endeten mit der Emanzipation, die von Gesetzes wegen bei der Heirat eintrat (C. c. frib. Art. 327) oder vom Inhaber der elterlichen Gewalt bzw. vom Vormund ab dem erfüllten 18. Altersjahr ausgesprochen werden konnte (C. c. frib. Art. 328), oder mit der Volljährigkeit, die beide Geschlechter in Freiburg mit dem erfüllten 20. Altersjahr erreichten (C. c. frib. Art. 323). Der emanzipierte Minderjährige erlangte die gleiche Rechtsstellung wie der Volljährige; d. h. seine Handlungsfähigkeit war keinerlei Beschränkungen, wie etwa in C. c. f. 481 ff., unterworfen.

Volljährige wurden entmündigt, wenn sie an Geisteskrankheit oder -schwäche litten, sonstwie unfähig waren, ihr Vermögen zu verwalten (C. c. frib. Art. 332) oder ihr Vermögen vergeudeten (C. c. frib. Art. 333). Entmündigte wurden entweder bevormundet (auch hier für die Vormundschaft über Volljährige die 'curatelle', nicht die 'tutelle') oder verbeiständet (C. c. frib. Art. 343). Die Regeln über die 'tutelle' wurden auch auf die 'curatelle' angewendet (C. c. frib. Art. 345, 352-358); ausdrücklich bestätigte C. c. frib. Art. 344 Abs. 1:

"L'interdit pourvu d'un curateur en est représenté dans tous les actes civils ..."

Die Vormundschaft über einen Familienvater erstreckte sich auch auf dessen Ehefrau und dessen Kinder (C. c. frib. Art. 346).

Eine Geschlechtsbeistandschaft oder gar -vormundschaft kannte der C. c. frib. nicht; die Frauen waren also, vorbehaltlich güterrechtlicher Beschränkungen, voll handlungsfähig.

C. Die gewillkürte Vertretung

Auch im Code civil des Kantons Freiburg finden wir die Regelung der gewillkürten Stellvertretung im Rahmen des Mandats, wie in allen privatrechtlichen Kodifikationen der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts. Im

Gegensatz zu den anderen Kodifikationen der sog. "Code civil"-Gruppe besteht das Obligationenrecht nicht nur aus einer mehr oder weniger wörtlichen Abschrift aus dem Code Napoléon, sondern der freiburgische Gesetzgeber versuchte, sicher nicht immer sehr glücklich, von den anderen, bereits in Kraft stehenden Privatrechtskodifikationen zu profitieren, so vor allem vom bernischen Zivilgesetzbuch.

Der Aufbau des Titels X., 'Du mandat', wurde aus dem Code civil français übernommen:

- Chap. I^{er}: De la nature et de la forme du mandat.
- Chap. II : Des obligations du mandataire.
- Chap. III : Des obligations du mandant.
- Chap. IV : Des différentes manières dont le mandat finit.

Ein im Vergleich zum ABGB und den Kodifikationen der Berner Gruppe sicher einfacher, klarer Aufbau!

Das erste Kapitel wird eingeleitet durch die Definition des Bevollmächtigungsvertrages:

C. c. frib. Art. 1902 Abs. 1:

"Le mandat (procuration) est le contrat par lequel un des contractans confie la gestion d'une ou de plusieurs affaires à l'autre, qui s'en charge et s'oblige de lui en rendre compte."

Diese Formulierung nun war alles andere als glücklich, denn sie deckte nicht nur, nach unseren heutigen Begriffen, die direkte Stellvertretung, sondern auch die indirekte. Der C. c. f. drückte sich klarer aus:

C. c. f. Art. 1984 Abs. 1:

"Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom."

Die freiburgischen Gesetzesredaktoren sind hierin Schnell gefolgt, der die eindeutige Formulierung aus § 1002 ABGB, 'im Nahmen eines Andern', in S. 783 CGB umänderte in 'auf den Auftrag eines Andern an

seiner Stelle', was auch wiederum die indirekte Stellvertretung nicht ausschloss.

Während der C.c.f. auf eine Definition der beiden am Mandat beteiligten Personen verzichtete, findet sich eine solche in C.c.frib. Art. 1902 Abs. 2. C.c.frib. Art. 1904 Abs. 1 statuierte den Grundsatz, dass zum Zustandekommen eines Bevollmächtigungsvertrages eine Annahmeerklärung erforderlich sei, liess aber, als Ausnahme, in Abs. 2 das Akzept durch konkludentes Verhalten zu.

Weder der C.c.f. (Art. 1985 Abs. 1) noch der C.c.frib. schrieben für den Abschluss des Bevollmächtigungsvertrages bestimmte Formen vor (C.c.frib. Art. 1903). Es galt also der Grundsatz der Formfreiheit. Der C.c.f. kannte nicht, wie der C.c.frib. mit Art. 1905, eine Norm, wonach der Mandatar alle in der Vollmachtsurkunde aufgezählten Geschäfte besorgen müsse; dieser Grundsatz ergab sich ja daraus, dass die Vollmachtsurkunde, sofern vorhanden, die Grundlage des Bevollmächtigungsvertrages bildete.

Am Prinzip der Unentgeltlichkeit des Mandats hielten sowohl der C.c.f. (Art. 1986) als auch der C.c.frib. (Art. 1906 Abs. 1) fest, doch schränkte das freiburgische Recht diesen Grundsatz stärker ein als das französische, das die generelle Unentgeltlichkeit mit den Worten 's'il n'y a convention contraire' anordnet.

C.c.frib. Art. 1906:

"Le mandat est gratuit, s'il n'y a convention contraire, à moins qu'il n'ait été confié à une personne qui, selon sa profession, son art ou son métier, est dans l'usage de se faire payer."

Diese Einschränkung stammt zweifelsohne aus dem bernischen CGB:

S. 784 CGB:

"Dieser Vertrag ist nur dann ein belästigender, wenn der Vollmachtgeber ... seine Vollmacht einer Person übertragen hat, die in Folge ihres Berufs die Geschäfte Anderer gegen Bezahlung besorgt."

Einen ähnlichen Inhalt besass auch § 1004 ABGB. Aus der "Code civil"-Gruppe folgte einzig Neuenburg der freiburgischen Lösung, wenn auch ohne Erwähnung des Berufs (C.c.n. Art. 1620).

Die Unterscheidung von General- und Spezialvollmacht sowie die Umschreibung der nur die Verwaltung umfassenden Vertretungsmacht bei der Generalvollmacht deckte sich im französischen und im freiburgischen Recht (C.c.f. Art. 1987, 1988 Abs. 1; C.c.frib. 1907 und 1908). Eine Spezialvollmacht verlangte der C.c.frib. neben der Vertretung in Hypothekengeschäften (wie C.c.f. Art. 1988 Abs. 2) auch für die Anerkennung einer Schuld, den Bürgschaftsvertrag, die Prozessführung und die Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft (C.c.frib. Art. 1909). Die diesbezügliche Vollmacht musste schriftlich ausgestellt werden. C.c.frib. Art. 1910 und C.c.f. Art. 1989 enthielten weitere Einschränkungen der Vertretungsmacht:

"... le pouvoir de plaider ne renferme pas le pouvoir de transiger, ni le pouvoir de transiger sur une contestation, celui de la compromettre."

Ein Artikel über die sog. stillschweigenden oder vermutlichen Vollmachten findet sich in dieser Form und Ausführlichkeit sonst in keiner modernen Kodifikation:

C.c.frib. Art. 1911:

"Il y a des mandats tacites, en vertu de la disposition de la loi, comme est celui conféré à la femme mariée par l'art. 55, pour l'administration du ménage; celui conféré à la femme marchande par l'art. 62, pour la gestion d'un commerce, d'un art ou d'un métier; celui conféré au procureur-juré par la loi de cet office, qui l'autorise aux poursuites juridiques par la seule remise du titre de créance.

D'autres mandats tacites résultent de certains rapports de service et d'emploi; c'est ainsi que les employés, commis et apprentis des négociants, des fabricants et d'autres personnes qui exercent des professions publiques, sont présumés être les mandataires de leurs patrons, chefs ou maîtres, dans les choses qu'ils leur ont confiées.

Ils peuvent vendre, percevoir les prix des ventes ou des ouvrages et en donner quittance. Mais ils ne peuvent acheter, ni contracter des dettes sans en être spécialement chargés; à moins que leurs patrons, chefs ou maîtres ne les y aient notoirement autorisés par le fait de leur consentement ou approbation tacite."

Diese stillschweigenden Vollmachten gab es natürlich in allen Kodifikationen, seien diese nun ausdrücklich erwähnt oder einfach stillschweigend vorausgesetzt worden. So wurde z.B. überall die Vertretungsmacht der Ehefrau inbezug auf die zur Führung des Haushalts notwendigen Geschäfte als erteilt vorausgesetzt, auch wenn das deutschrechtliche Institut der Schlüsselgewalt im Gesetzestext keine Aufnahme gefunden hatte. Eine ähnlich umfassende Regelung der stillschweigenden Vollmachten kannte nur noch das ABGB, das das Kapitel 'Von der Bevollmächtigung und andern Arten der Geschäftsführung' mit einem Abschnitt über die stillschweigende Bevollmächtigung der Dienstpersonen (§§ 1027-1033) abschloss. Das bernische CGB z.B. begnügte sich dafür mit einer einzigen Satzung (S. 795).

Der Grundsatz, dass nur handlungsfähige Personen als Stellvertreter für ihren Vollmachtgeber Rechte erwerben und Pflichten begründen konnten, hielt C.c.frib. Art. 1912 Abs. 1 fest. Der zweite Absatz desselben Artikels regelte den Fall, dass ein an sich handlungsunfähiger Bevollmächtigter für seinen Vollmachtgeber kontrahiert hatte:

"Cependant si le mandat est conféré à un incapable de contracter, le mandant et la tierce personne avec laquelle le mandataire a traité, en vertu de ce mandat, n'en sont pas moins réciproquement obligés l'un envers l'autre."

So urteilte auch die gemeinrechtliche Doktrin¹⁶. Im C.c.f. fehlte eine solche Regelung.

Für bestimmte Geschäfte (Prozessvertretung!) durften nur von den zuständigen Behörden ermächtigte Personen als Stellvertreter bestellt werden (C.c.frib. Art. 1913).

Das zweite Kapitel, 'Des obligations du mandataire', ist praktisch identisch mit dem zweiten Kapitel des C.c.f. Die Unterschiede beschränken sich auf sprachliche Details, so die Erwähnung des 'bon père de famille', des 'diligens pater familias', bei der Umschreibung der Sorg-

16 siehe vorn, 1. Kapitel, 5. Abschnitt.

faltspflicht des Mandatars. (Der 'bon père de famille' ist vorhanden z.B. in S. 789 des bernischen CGB, nicht aber in den Kodifikationen der "Code civil"-Gruppe.) Die Pflichten des Bevollmächtigten seinem Vollmachtgeber gegenüber waren also:

- sorgfältige Geschäftsbesorgung (bei laufenden Geschäften sogar über den Tod des Mandanten hinaus, C.c.frib. Art. 1914, C.c.f. 1991).
- Einstehenmüssen für fehlerhafte Geschäftsführung (C.c.frib. Art. 1915, C.c.f. Art. 1992).
- Rechenschaftsablegung (C.c.frib. Art. 1916, C.c.f. 1993). Nicht ausdrücklich erwähnt wurde die Herausgabepflicht für alles in Ausübung des Mandats Erworbene.
- Substitutionsrecht mit Haftung für die Geschäftsführung des Substituten (allenfalls nur für dessen Auswahl). (C.c.frib. Art. 1917, C.c.f. Art. 1994).
- Verbot, die für den Mandanten empfangenen Gelder für sich selbst zu benutzen. Bei Verstoss gegen diese Norm trat die Zinspflicht ein. (C.c.frib. Art. 1919, C.c.f. Art. 1996 begnügte sich mit der Zinspflicht).
- Pflicht, die zur Ausführung des Mandats in Dienst genommenen Personen persönlich zu entlönnen. Dies hätte sich aber schon daraus ergeben, dass zwischen dem Vollmachtgeber und den Gehilfen des Mandatars kein Rechtsverhältnis entstand, solange der Mandatar nicht zur Ausübung seiner Vollmacht einen Substituten ernannte (C.c.frib. Art. 1920 Abs. 2).

Die Nachwirkung der adjektizischen Haftung, der Gewährleistungspflicht des Mandatars für seinen Mandanten inbezug auf die in seinem Namen kontrahierten Geschäfte, wirkte sich noch bis ins 19. Jahrhundert hinein aus, da sie durch C.c.frib. Art. 1920 ausdrücklich ausgeschlossen werden musste. Im C.c.f. fehlt eine solche Norm.

Das im C.c.f. sehr knapp gehaltene Kapitel über die Verpflichtungen des Mandanten ergänzte der freiburgische Gesetzgeber aus dem berni-

schen CGB. Schon C. c. frib. Art. 1921, der die Pflicht des Mandanten statuierte, den Bevollmächtigten in Stand zu setzen, seinen Auftrag zu erfüllen (vor allem durch entsprechende Geldvorschüsse), fehlt im C. c. f., ist dagegen im bern. CGB vorhanden (S. 791, auch § 1014 ABGB). C. c. frib. Art. 1922 sollte die unmittelbare Drittberechtigung und -verpflichtung begründen, und zwar als Pflicht des Mandanten, die vom Mandatar abgeschlossenen Verträge zu erfüllen. Wie namentlich auch der zweite, im C. c. f. nicht enthaltene Satzteil

C. c. frib. Art. 1922:

"... et de le garantir de toutes les recherches, auxquelles il pourrait être exposé à ce sujet; en revanche, il profite des droits que celui-ci lui a acquis et pour l'exécution desquels il peut agir lui-même contre l'autre partie."

beweist, war auch dem freiburgischen Gesetzgeber das Wesen der Stellvertretung noch fremd. Er sagte nicht, dass Dritte, die mit dem Bevollmächtigten in den Grenzen seiner Vollmacht kontrahiert hatten, sich nur an den Auftraggeber halten konnten, sondern der Auftraggeber musste seinen Bevollmächtigten gegen Ansprachen solcher Dritter Schutz gewähren, gegen Ansprachen, die vom Gesetz nirgends expressis verbis ausgeschlossen wurden.

Die Möglichkeit des Auseinanderklaffens von Vertretungsmacht und Vertretungsbefugnis finden wir im C. c. f. nicht ausdrücklich angeführt, dafür aber wiederum in den Kodifikationen der Berner Gruppe (so z. B. S. 788 CGB, ebenfalls § 1017 ABGB). C. c. frib. Art. 1923 bestimmte:

"Si à côté du mandat ostensible, le mandant a donné au mandataire des instructions particulières, qui n'ont pas été communiquées à la partie avec laquelle l'affaire a été traitée, ces instructions ne produisent des obligations réciproques qu'entre eux seuls; la tierce partie ne peut rien en inférer à son avantage, ni au préjudice du mandant."

Auch der C. c. frib. unterschied so zwischen dem Innen- und dem Aus-senverhältnis!

Die weiteren Pflichten des Mandanten (z. T. als Rechte des Mandatars formuliert) waren im C. c. f. und im C. c. frib. praktisch gleich geregelt:

- Pflicht, die Auslagen, Kosten und allenfalls das Honorar zu bezahlen (C. c. frib. Art. 1924 Abs. 1, C. c. f. Art. 1999 Abs. 1).
- Pflicht, auch bei Misserfolg zu bezahlen, falls kein Fehler (faute imputable) des Mandatars vorliegt (C. c. frib. Art. 1924 Abs. 2, C. c. f. Art. 1999 Abs. 2). Der C. c. f. fügt hier noch bei: 'ni faire réduire le montant des frais et avances, sous le prétexte qu'ils pouvaient être moindres.'
- Schadenersatzpflicht für Verluste des Mandatars infolge der Geschäftsführung (C. c. frib. Art. 1925, C. c. f. Art. 2000).
- Verzinsung der vom Mandatar aufgebrauchten Vorschüsse (C. c. frib. Art. 1926, C. c. f. Art. 2001).
- Pfandrecht des Mandatars bei Nichtbezahlung der oben erwähnten Forderungen (C. c. frib. Art. 1927, fehlt im C. c. f. Das CGB gibt in S. 790 einen Verrechnungsanspruch).
- Solidarhaftung mehrerer Mandanten einem gemeinschaftlich bestellten Mandatar gegenüber (C. c. frib. Art. 1928, C. c. f. Art. 2002).

Auch die Beendigung des Mandats regelte der C. c. frib. fast gleich wie der C. c. f. Bei der Aufzählung der Erlöschensgründe der Vollmacht geht er aber weiter (C. c. frib. Art. 1929):

- Ende der vereinbarten Dauer. Weder im C. c. f. noch im CGB noch im ABGB finden wir eine ähnliche Norm: Verträge galten ja überall nur für die Dauer, für die sie eingegangen worden sind.
- Erledigung des Geschäfts, für das die Vollmacht ausgestellt wurde. Diese Norm fehlt im C. c. f., ist aber dafür in S. 792 CGB vorhanden.
- Aufkündigung seitens des Mandanten oder Mandatars (C. c. f. Art. 2003).
- Tod, Bevormundung und Zahlungsunfähigkeit des Mandanten oder Mandatars (C. c. f. Art. 2003).

- Verschollenerklärung des abwesenden Mandanten (fehlt im C. c. f.).

Die weiteren Artikel entsprechen sich weitgehend; sie beinhalten die jederzeitige Widerrufbarkeit der Vollmacht durch den Vollmachtgeber (C. c. frib. Art. 1930, C. c. f. Art. 2004), die Gültigkeit von Geschäften, die der Bevollmächtigte nach dem Widerruf der Vollmacht mit Dritten abgeschlossen hat, sofern der Widerruf den Dritten nicht bekannt war (C. c. frib. Art. 1931, C. c. f. Art. 2005), die Abberufung eines Bevollmächtigten durch Bestellung eines neuen (C. c. frib. Art. 1932, C. c. f. Art. 2006), die Schadenersatzpflicht des Mandatars bei Rücktritt zur Unzeit (C. c. frib. Art. 1933, C. c. f. Art. 2007), die Weiterführung des Mandats beim Tode des Mandanten bis zum Eintreffen weiterer Verfügungen (C. c. frib. Art. 1934 Abs. 1, fehlt im C. c. f., dafür vorhanden im bern. CGB, S. 793) und die Wahrung der Interessen des Mandanten beim Tode des Mandatars durch dessen Erben (C. c. frib. Art. 1935, C. c. f. Art. 2009).

5. Abschnitt

DIE REGELUNG DER STELLVERTRETUNG IM WALLIS

I. Gesetzgebungsgeschichte¹

Das alte Walliser Recht stammt aus sehr verschiedenen Quellen, was sich mit der bewegten Geschichte dieses Landstrichs hinreichend erklären lässt. Im Unterwallis wurden die Römer während des 5. Jahrhunderts von den Burgundern überlagert, die aber von der einheimischen Bevölkerung bald assimiliert wurden. Während der burgundischen Herrschaft galten die Lex Burgundionum und die Lex Romana Burgundionum. Die im 9. und 10. Jahrhundert ins Oberwallis eindringenden Alemannen behielten ihre deutsche Sprache und ihr germanisches Recht bei. So trafen also im Wallis des Mittelalters von Anfang an der romanische und der germanische Kulturkreis aufeinander; dazu kam als drittes Element der klerikale Einfluss mit der zunächst nur geistlichen, bald aber auch weltlichen Herrschaft des Bischofs von Sitten über grosse Teile des Wallis. Diese geistliche Herrschaft begünstigte naturgemäss die Rezeption des für die Kirche als subsidiäres Recht geltenden Corpus iuris civilis, einer Rezeption, der vor allem von den fünf deutschsprachigen Zehnden erbitterter Widerstand entgegengesetzt wurde. Ueberhaupt war der Kampf zwischen dem Bischof und den Zehnden (und so-

1 Andreas Heusler, Rechtsquellen des Cantons Wallis, in ZSR, NF Bd. VII-IX, Separatabdruck, Basel 1890, S. 2-43.
Raphael von Werra, Die Vormundschaft über Unmündige nach dem Rechte der alten Landschaft Wallis, Diss. Basel 1952, in 'Blätter aus der Walliser Geschichte, XI. Band, III. Jahrgang, 1953, S. 173-184.
Wilhelm Ebener, Der Werdegang des Rechts im Wallis, in 'Walliser Jahrbuch', Band VI, 1937, S. 39-44.
Louis Carlen, 100 Jahre Walliser Zivilgesetzbuch, in Beiträge zur Walliser Rechtsgeschichte, Brig 1970, S. 105-106.
Emil F. J. Müller-Büchi, Zur Kodifikationsgeschichte des Walliser Kantonalen Zivilgesetzbuches von 1854 in 'Rechtsgeschichte und Volkskunde', Festschrift zum 65. Geburtstag von Dr. Josef Bieler, Brig 1968, S. 83 ff.

mit den Landleuten) der zentrale Punkt der Walliser Rechts- und Staatsgeschichte.

Von ihrem Anwendungsbereich her unterscheiden wir im alten Wallis zwei verschiedene Arten von Gesetzen, nämlich

- das Landrecht, das für das ganze Wallis oder doch einen erheblichen Teil desselben Geltung besass, und
- die Orts- und Zehndenrechte, die das Rechtsleben in den kleineren politischen Einheiten regelten.

Aufzeichnungen über das Walliser Gewohnheitsrecht existierten schon vor 1446, in der sog. Vorstatutarzeit, in der Form von privaten Sammlungen².

Die eigentlichen Landrechte stammen alle aus der Zeit der grossen innenpolitischen Auseinandersetzungen zwischen den Sittener Bischöfen und ihren Landleuten. Im Jahre 1446 ertrotzten die Landleute von ihrem Bischof die sog. Artikel von Naters, die ersten Statuta patriae Vallesii, die das dannzumal geltende Gewohnheitsrecht enthielten³. 1475 versuchte der Bischof Supersaxo ein der Stellung des Bischofs günstigeres Landrecht zu erlassen, was aber von den Zehnden nicht akzeptiert wurde. Ähnlich erging es dem Landrecht des Kardinals Schiner aus der Zeit um 1514⁴. 1525 erliess man ein Prozessrecht, das 'Nüwe artickel kürtzerung des Rechten' oder einfach 'Kürzerung des Rechten' genannt wurde. Die Statuta patriae Vallesii des Bischofs Hildebrand von Riedmatten aus dem Jahre 1571 bildeten den vorläufigen Abschluss der Wal-

2 Viel aus diesen privaten Sammlungen findet sich bei Jean Grémaud, Documents relatifs à l'histoire du Vallais, 8 Bde., Lausanne 1875-1898, publiziert in 'Mémoires et documents publiés par la Société d'histoire de la Suisse Romande'.

'Weisthum über Walliser Gewohnheitsrecht' bei Heusler, a.a.O., Nr. 17, S. 152.

3 bei Heusler, a.a.O., Nr. 18, S. 169.

4 bei Heusler, a.a.O., Nr. 33, S. 211;
Louis Carlen, Das Landrecht des Kardinals Schiner und seine Stellung im Walliser Recht, Freiburg 1955.

liser Gesetzgebung; ergänzt und abgeändert durch die beiden Revisionen von 1623 und 1780 galten sie weiter bis zum Erlass des Walliser kantonalen Zivilgesetzbuches 1846 und 1853.

1804 erliess der Walliser Landrat ein Gesetz zur Rechtsvereinheitlichung⁵, doch erst 1840 erhielt Bernhard Etienne Crompt den Auftrag zur Ausarbeitung eines modernen Zivilgesetzbuches. Dessen erste Fassung (noch ohne Güter-, Erb- und Obligationenrecht) trat am 1. Juni 1846 in Kraft. Dieses erste Walliser ZGB wurde bald einmal revidiert und, nach der Hinzufügung des fehlenden dritten Buches, am 1. Dezember 1853 promulgiert.

Crompt nahm sich bei der Redaktion des Walliser Zivilgesetzbuches den Code civil français zum Vorbild; nur dort, wo es die Verhältnisse erforderten, übernahm er das alte Walliser Recht⁶.

Ein Jahr vor dem Erlass des ZGB, im Jahre 1845, erhielt das Wallis auch ein modernes Zivilprozessgesetz, nachdem ein solches, noch am alten Recht orientiertes Gesetzeswerk schon 1826 in Kraft gesetzt worden war.

II. Die Regelung der Vertretung vor Erlass der Kodifikationen des 19. Jahrhunderts

A. Die Prozessvertretung

Die Vertretung im Prozess fand im alten Walliser Recht eine ausführliche Regelung.

Als Grundsatz galt, dass jeder handlungsfähige Walliser auch prozessfähig war, also selbst vor Gericht auftreten und einen Prozess führen

⁵ Müller-Büchi, a. a. O., S. 84.

⁶ Näheres bei Müller-Büchi, S. 85-87.

konnte⁷. Dass dabei in früher Zeit in den deutschsprachigen Zehnden als Fürsprecher für die Parteien die Mitglieder des urteilenden Gerichts auftraten, ist anzunehmen. Ein Beispiel dafür finden wir im Ortsrecht von Raron, 'Statut und Freyheit eines loblichen Drittheyls von Raren' aus dem Jahre 1548. Der Prozess (Raron besass die hohe und die niedere Gerichtsbarkeit) war ganz deutschrechtlich. Den amtierenden Magistraten verbot man, für Einheimische das Amt des Fürsprechers zu übernehmen⁸. Art. 10 behandelt die Fürsprecher näher:

"Von firsprechen.

Abermals ist gemacht und beschlossen, das kein parthy sol noch mag in unsrem gericht vor dem gesessenen gericht dinge firsprechen, sunders vor dem richter am gerichtsbanch, so er zu gericht sitzt, ein firsprechen begern sich zu versehen, und welcher am gerichtsbanch erstlich vom richter ervordret wurd, demselben sol sin erfordreter firsprech beliben; hierin vorbehalten geschworn urtheylen und koufte gericht mag ein jeder dinge und sich versehen nach sinem guten beduncken."

Gleich verhielt es sich bei 'firsprechen in geschwornen urtheylen':

"... alldann so megent die theyl sich verfirsprechen under den geschwornen und nach geyebter firsprechery so soll und mag unser her meyer ... widerum zu urtheyl recht zesprechen sitzen zu andren sinen geschwornen ..."⁹

In den Quellen der Statutarzeit taucht der Begriff des advocatus, des bevollmächtigten Parteivertreters, auf. Daneben wurde, als Synonym, noch der Begriff procurator verwendet.

Schon die Artikel von Naters brachten Regeln über die Pflichten der Advokaten. Unter dem Titel 'De provisione advocati' heisst es dort:

"Item statutum est, quod universi et singuli iudices et officarii alii iusticiarii, cuiuscunque status sint, teneantur ambabus partibus scilicet reo et actori, si fuerint requisiti, providere de consiliario et avvocato de quocunque postulaverint sue iurisdictioni subdito moderatis petentis, et quicunque modo predicto fuerit requisitus pro avvocato et consiliario, teneatur ... dare illi, cui fuerit provisus

7 LRC (Landrecht des Kardinals Schiner) Art. 22.

8 Stat. Vall. (Statutae patriae Vallesii von 1571) Art. 27.

9 a.a.O., Art. 12.

et deputatus per iudicem, dare consilium et patrocinium in peragendo probiter iuxta facultatem consciencie sue moderatis petentis ..."¹⁰

Neben dem eigentlichen advocatus führen die Quellen der Statutarzeit in der Regel auch noch den consiliarius, einen Beisitzer des urteilenden Gerichts an, der neben dem Advokaten als Fürsprech amte.

Das Landrecht des Kardinals Schiner, das die Artikel von Naters ablösen sollte, enthielt keine Normen über die Prozessvertretung. Diese Normen fanden sich dafür in den sog. 'Nüwe artickel kürtzerung des Rechten', einem altwalliserischen Prozessgesetz aus dem Jahre 1525 das, im Gegensatz zu den meist lateinischen Texten der übrigen Gesetze in Deutsch abgefasst war. In Art. 14 heisst es darin:

"Item wyter so dann fil tegligs geprucht wirt uss misverstant procuren und gewaltcz, sölichs zu vermiden ist beschlossen, obschon sölicher gewalt und procuren nit meldet alle stuck so bys har in gewonheit sin gsin, ob dann die selbigen geschriben sint durch ein gloubwürdigen schriber oder sechers eigener handschrift und söliche wort gemeldet werden alles das zethun und zelassen was der secher selber thun und lassen möcht, wen er in bywesen weri, sol sölicher gewalt in den hendlen früntlich oder rechtlich, darumb er unfgericht ist, benueglich erkennt werden."

Die Prozessvollmacht enthielt also für den Vollmachtnehmer die Vertretungsmacht, all das zu tun, was der Vollmachtgeber selbst hätte tun können, falls er anwesend gewesen wäre.

Eine weitere ausführliche, diesmal aber dauerhaftere Ordnung der Prozessvertretung durch Advokaten sowie deren Rechte und Pflichten erfolgte in den Statutae patriae Vallesii von 1571, und zwar in den Caputa XI bis XIII. Wenn Bischof Hildebrand auch einige Details genauer regelte, so unter anderem den Advokaten verbot, der Gegenpartei Ratschläge zu erteilen, brachte doch sein Landrecht, verglichen mit der 'kürtzerung des Rechten' und den Artikeln von Naters, keine wesentlichen Aenderun-

¹⁰ Naters Art. 26.

gen. Die unmittelbare Drittberechtigung und -verpflichtung durch einen Prozessvertreter war also auch im alten Walliser Zivilprozess möglich.

Die Revisionen des Landrechts brachten inbezug auf die Prozessvertretung keine Aenderungen mehr.

B. Die gesetzliche Vertretung

Auch im alten Walliser Recht besass der pater familias, wie überall im germanischen Rechtskreis, eine dominierende Stellung. Er übte über seine Ehefrau die Vormundschaft und über seine Kinder die väterliche Gewalt aus.

Die Vertretungsbefugnis des Vaters für seine minderjährigen Kinder lag derart offen auf der Hand, dass sie in den Rechtsquellen der Statutarzeit gar nicht mehr erwähnt wurde. Sie musste ja zwingend vorhanden sein, da ohne ihr Bestehen für Minderjährige, die ihren Vater verloren hatten, kein Vormund hätte eingesetzt werden müssen¹¹. Die väterliche Gewalt bestand bis zum Erreichen der Volljährigkeit mit dem 24. Altersjahr¹².

Frauen waren nach den Rechtsbüchern der Statutarzeit nie voll handlungsfähig. Werra belegt aber die volle Handlungsfähigkeit der Frauen im ehemals burgundischen Teil des Wallis während des Mittelalters¹³. Die verheiratete Frau lebte, wie schon erwähnt, unter der Vormundschaft ihres Ehemannes, die unverheiratete befand sich entweder in der väter-

11 Nach Werra, a.a.O., S. 357, besass der Vater keine Vertretungsmacht für Liegenschaftenverkäufe im Namen seiner Kinder.

12 siehe dazu Carlen, Das Landrecht des Kardinals Schiner, S. 112, Anm. 2;
Naters, Art. 31, LRC Art. 31, Stat. Vall. Cap. 56, Stat. Raron, 61 § 6 (hier aber 25 Jahre!).

13 Werra, a.a.O., S. 211.

lichen Gewalt oder war bevormundet oder verbeiständet. Das Landrecht von 1571 führt dazu aus:

"Caput CXXI. De potestate mulierum.

Mulieres semper in quacunque aetate constitutae quantumcunque discretas fuerint, sub tutela et regiminis cura censentur; si habent maritos, sine auctoritate et licencia maritorum, si viduae, nomine eorum liberorum aliquem actum validum facere aut in iudicio comparere non possunt, nisi per amicos liberorum in praesentia iudicis autorisatae forent, vel maritus in testamento uxori suae talem dederit auctoritatem et ita fieri voluerit atque ipsam curatricem liberis suis dimiserit"¹⁴.

Die Vormundschaft und die Beistandschaft wurden nicht klar voneinander geschieden, sondern immer zusammen erwähnt¹⁵. Die rechtlichen Auswirkungen beider Institute waren für das Mündel auch dieselben.

Bei der Abklärung der Frage, auf welche Art und Weise der Tutor oder Curator (auch Gubernator, Vogt, Regierer) die Vermögensinteressen seines Mündels wahrnehmen konnte, müssen wir zwischen der Vertretung des Mündels vor Gericht und der Vertretung des Mündels bei Rechtsgeschäften unterscheiden.

Die Vertretung des Mündels vor Gericht oblag in jedem Fall dem Vormund, da das Mündel gar nicht eingeklagt werden konnte. Diese Norm findet sich in allen drei Landrechten:

"LRC Art. 2: De personibus quibus non preiudicatur, seu melius, quas in ius vocare non licet.

Processus contumaciae vel alii actus iudiciales, videlicet contra pupillos, orphanos et viduas carentes tutore vel curatore, contra infirmum, ..., contra mulierem nondum illi potestatem dedisset standi in iudicio, facti vel habiti seu decreti, personis supradictis et singulariter singulis non preiudicant"¹⁶.

14 LRC Art. 31 und 36 § 2 sowie Stat. Vall. Cap. 105 haben einen ähnlichen Inhalt.

15 Ueber die Gründe dieser sich weitherum in Europa zeigenden Erscheinung vgl. H. F. Jolowitz, *Roman Foundations of Modern Law*, Oxford 1957, S. 114 ff., bes. 119.

16 Aehnlich Naters, Art. 71, im LRC zusätzlich Art. 57, in den Stat. Vall. Cap. 30 ff.

Der oben zitierte Artikel bezeugt auch, dass die Frau, die von ihrem Mann zur Prozessführung nicht bevollmächtigt war, nicht vor Gericht gezogen werden konnte, und zwar weder für sich noch ihren Mann.

Für die aussergerichtliche Vertretung gestaltete sich die Regelung nicht so einfach.

Die urteilsfähige, unverheiratete Frau handelte selbst; der Tutor oder Curator gab zu diesem Selbsthandeln nur seine Auctoritas¹⁷. Hier hatte ein selbständiges Stellvertretungsrecht des Vormunds keinen Platz.

Für die übrigen Bevormundungsfälle war die direkte Stellvertretung schon in der Mitte des 14. Jahrhunderts, also in der Vorstatutarzeit, gestattet¹⁸. Dass der Tutor oder Curator auch in der Statutarzeit, wenn auch nur beschränkt, im Namen des Mündels Rechtsgeschäfte tätigen konnte, zeigt zuletzt Cap. 56 der Stat. Vall.:

"Tutor item seu curator quicunque fuerit non debeat nec audeat bona suorum pupillorum vendere seu alias quovis modo alienare sine evidenti necessitate aut maiori commodo pupillorum, et absque consilio et consensu duorum reconsiliariorum, ..."

Daneben existierte natürlich auch die Möglichkeit des Selbsthandelns des Mündels unter Mitwirkung des Vormundes, vor allem für urteilsfähige, aber noch unmündige Männer¹⁹. So hiess es schon in den Artikeln von Naters:

"... ita tamen quod infra dictos viginti quinque annos nichil possint distrahere in ipsorum preiudicium de bonis et proprietatibus immobilibus absque licencia dictorum tutorum vel curatorum, ..."20

Die Uebernahme der Vormundschaft durch die Mutter ist schon für die Vorstatutarzeit bezeugt²¹. Wir finden sie auch in der Statutarzeit wie-

17 Siehe dazu oben das Zitat Stat. Vall. Cap. 121.

18 Werra, a. a. O., S. 355.

19 Werra, a. a. O., S. 360 ff.

20 Naters, Art. 31, Al. 8.

21 Werra, a. a. O., S. 206-224.

der, vor allem in den Ortsrechten von St. Maurice und Vouvry. Diese sprechen aber nicht etwa von einem Uebergang der Vormundschaft ipso iure an die überlebende Ehefrau, sondern verlangen, dass sie vom Vater und Ehemann testamentarisch zum Vormund bestimmt worden sei und ordnen ihr noch zwei Reconsiliarii, Beistände, zu:

"Itemque mulieres quae per viros testamentaliter tutrices suorum liberorum instituuntur, ad administrationem huiusmodi tutelae admitti non debeant nisi mediante confectione inventarii et redditione computi et adhibitione duorum ad minus reconsiliariorum, sine quorum consilio aliqua pacta de bonis eorumdem suorum liberorum inire aut concludere non possint ..."²²

Sowohl das LRC als auch die Stat. Vall. liessen die testamentarische Bestellung eines Vormundes durch den Inhaber der elterlichen Gewalt zu²³. Aus dem eingangs zitierten Cap. 121 aus den Stat. Vall. geht hervor, dass auch die Bestellung der Mutter möglich war, und dies ohne Beizug von Beiständen.

Bevormundet wurden neben den Minderjährigen und den Frauen generell alle Personen, die nicht in der Lage waren, ihre Geschäfte selbst zu besorgen, so z.B. die Verschwender²⁴ und die Einfältigen²⁵.

C. Die gewillkürte Vertretung

Genauso wie die Prozessvertretung war auch die gewillkürte Vertretung dem alten Walliser Recht bekannt.

22 Coutume von Vouvry, 1578, Art. 5;
Coutume von St. Maurice, 1575, Cap. IX. Beide Coutumes wurden anlässlich der Einführung der Stat. Vall. bestätigt.

23 LRC Art. 32; Stat. Vall. Cap. 67.

24 Cropt, Stat. Vall. cum duabus revisionibus, Seduni 1843, S. 203, Art. XLI, Des dissipateurs et prodigues. Auch bei Heusler, a. a. O., S. 92, Nr. 287.

25 Heusler, a. a. O., S. 135, Nr. 538; LRC Art. 35 Abs. 2; Stat. Vall. Cap. 55; Stat. Raron, § 61.

Die Artikel von Naters und das Landrecht des Kardinals Schiner schwiegen sich zwar über die Zulässigkeit der Stellvertretung noch aus, doch schon die 'kürzerung des Rechten' erlaubte, unter Beachtung gewisser Formvorschriften, die Vertretung bei Rechtsgeschäften. Der oben²⁶ zitierte Artikel 14 sprach von der Vollmacht 'in den hendlen früntlich oder rechtlich', d.h. für aussergerichtliche und gerichtliche Angelegenheiten. Dass durch das Handeln vermittels einer solchen Vollmacht eine unmittelbare Drittberechtigung und -verpflichtung erfolgte, haben wir oben ebenfalls gesehen.

Bischof Hildebrand übernahm diese Regelung in seine Statuten und baute sie weiter aus²⁷. Insbesondere umschrieb er die Vertretungsmacht genau:

"... quod procuratorium manu notarii fide digni aut proprio constituentis chyrographo subsignatum pro valido habeatur, cum haec clausula fuerit inserta: omnia et singula agendi exercendi et procurandi quae ipsemet constituens faceret et adimplere posset si personaliter praesens interesset, et causae merita requirunt, ..."

Die beiden Revisionen brachten auch hier keine Aenderungen.

In seinen 'Elementa Juris Romano-Vallesii' behandelte Cropt²⁸ das Mandat und die darin enthaltene Vertretungsmacht und -befugnis ganz nach gemeinrechtlicher Doktrin; ja, er opferte dieser sogar Rechtssätze aus den Statuten von 1571, indem er z.B. die Schriftform als Gültigkeitserfordernis für das Mandat ablehnte und den Konsens genügen liess.

III. Die Regelung der Vertretung im 19. Jahrhundert

A. Die Prozessvertretung

Die Zustände in der Walliser Advokatur scheinen gegen das Ende des Ancien Régime und während der Helvetik nicht die allerbesten gewesen

26 Unter Prozessvertretung, S. 176 ff.

27 Stat. Vall. Cap. XX.

28 Cropt, a. a. O., S. 473 ff., §§ 625-628.

zu sein²⁹. Sonst hätte der Landtag der Republik Wallis nicht am 30. Oktober 1802 eine 'Loi sur les qualités requises pour être admis à exercer les fonctions d'avocat' erlassen, wo im Vorwort des langen und breiten begründet wird, weshalb man ein solches Gesetz schaffen müsse. Diese Beschränkung der Ausübung der Advokatur auf patentierte Advokaten wurde bereits im Jahre 1804 wiederholt³⁰. Die Patente, die die Advokaten, aber auch die Prokuratoren (Schuldeneinzieher) lösen mussten, waren relativ teuer (im Jahre 1816 zwischen zwölf und sechzig Franken)³¹.

Der 'Code de procédure civile' aus dem Jahre 1824 brachte eine weitergehende Regelung der Prozessvertretung. Es stand jedem Walliser frei, entweder selbst vor Gericht zu erscheinen oder sich vertreten zu lassen. Dieser Grundsatz war zwar im Gesetz nicht ausdrücklich enthalten, ergab sich aber aus der Umkehrung von Art. 23, wonach der Richter die Parteien auf deren Begehren mit einem Anwalt versehen musste. Die späteren Zivilprozessordnungen behielten diese Norm bei³². Im Gegensatz zu den meisten anderen Zivilprozessordnungen war der von einer Partei angerufene Anwalt zur Uebernahme des Mandats verpflichtet, ausgenommen gegen Verwandte³³. Auf die Verweigerung dieser Pflicht stand als Strafe die Einstellung im Amt für sechs Monate beim ersten Vorkommen und für immer beim dritten Vorkommen³⁴.

29 Dazu und zum Folgenden vgl. Elsener in Rechtsschulen, S. 349 ff.

30 Loi du 16 mai 1804, qui défend de patrociner pour autrui en justice, sous aucun titre, sans patente d'avocat.

31 Sammlung der Gesetze ... der Republik Wallis seit 1815, 1. Band, Sitten o. J., S. 48 ff., Gesetz, welches das Finanzsystem für das Jahr 1816 aufrichtet, § 31.

32 Code de procédure civile 1845, Art. 63;
" " " " 1856, Art. 64.

33 Code de procédure civile 1824, Art. 24;
" " " " 1845, Art. 71;
" " " " 1856, Art. 72.

34 Code de procédure civile 1845, Art. 72;
" " " " 1856, Art. 73.

Ausser den patentierten Advokaten (und in Schuldbetreibungs- und Konkurs-sachen den Prokuratoren) durfte niemand im Namen eines anderen vor Gericht auftreten³⁵. Ausgenommen von dieser Vorschrift waren nur Vormünder und Beistände, Vertreter von religiösen Werken und Bruderschaften und Verwandte, die eine (einzige) Schuld eintreiben mussten³⁶. Den Anwälten war die Vereinbarung eines Erfolgshonorars aufs strengste verboten³⁷.

Dass die Prozessvertretung auf dem zivilrechtlichen Auftrag beruhte, braucht wohl nicht mehr näher dargelegt zu werden: Sowohl die Zivilprozessordnung von 1845 als auch diejenige von 1856 spricht von Bevollmächtigten, Vollmachtsurkunde und Vollmachtgeber, wie dies das Walliser ZGB auch tut.

B. Die gesetzliche Vertretung

Das Familienrecht ist der eigenständigste Teil des Walliser Zivilgesetzbuches; trotzdem besteht auch hier der Grossteil der Artikel aus mehr oder weniger wörtlichen Zitaten aus dem Code civil français.

Der volljährige Mann allein war in seiner Handlungsfähigkeit keinen Beschränkungen unterworfen.

Die Ehefrau war bei allen privatrechtlichen Verträgen auf die Ermächtigung ihres Gatten angewiesen:

35 Code de procédure civile 1824, Art. 26;
" " " " 1845, Art. 68;
" " " " 1856, Art. 69.

36 Code de procédure civile 1824, Art. 27;
" " " " 1845, Art. 69;
" " " " 1856, Art. 70.

37 Code de procédure civile 1824, Art. 32. Diese Norm fehlt in den Prozessordnungen von 1845 und 1856.

"La femme majeure ne peut passer aucun contrat, ni autrement s'obliger, sans l'autorisation de son mari"³⁸.

ebenso bei jedem Auftreten vor Gericht:

"La femme ne peut intenter une action ou y défendre sans l'autorisation de son mari"³⁹.

Ausgenommen waren die Strafsachen⁴⁰. Auch wenn der C. c. v. die Schlüsselgewalt nicht erwähnte, wurde sie doch als existent betrachtet⁴¹. Die Ehefrau konnte dadurch ihren Ehemann für Haushaltschulden verpflichten, ausser er hätte es ihr ausdrücklich verboten. War die Gattin Handelsfrau, so konnte sie sich, was ihren Handel betraf, ohne Zustimmung ihres Mannes verpflichten⁴². Die Vertretungsmacht des Mannes für seine Frau ergab sich einerseits aus dem Güterrecht⁴³, andererseits aus seiner Pflicht, die Frau zu beschützen:

"... le mari est autorisé de poursuivre, même en son propre et privé nom, la réparation de l'injure faite à sa femme, ..."44.

Die Kinder blieben bis zu ihrer Volljährigkeit, die mit dem erfüllten 23. Altersjahr eintrat, unter der väterlichen Gewalt⁴⁵. Die Emanzipation, die sowohl nach dem französischen als auch nach dem Walliser Recht möglich war, brachte den emanzipierten Minderjährigen nicht die

38 C. c. v. 93, C. c. f. 217.

39 C. c. v. 91, C. c. f. 215; dazu auch schon der Code de procédure civile von 1824; § 469: La femme, mariée à un majeur non interdit, sera actionnée dans la personne de son mari."

40 C. c. v. 92, C. c. f. 216.

41 Cropt, Théorie du Code civil du Valais, t. 1, Sitten 1858, S. 153 f., § 116.

42 C. c. v. 98, C. c. f. 220.

43 C. c. v. 1269 ff., C. c. f. 1387 ff.

44 Cropt, a. a. O., S. 143.

45 C. c. v. 188, C. c. f. 388 (21 Jahre).

volle, sondern nur eine beschränkte Handlungsfähigkeit⁴⁶. Die väterliche Gewalt, die neben der persönlichen Fürsorge auch die Wahrung der Vermögensinteressen der Kinder umfasste, war aber zu deren Schutz eingeschränkt:

"Le père majeur, ayant la libre disposition des biens, représente ses enfants mineurs non émancipés dans tous les actes civils. Il ne peut cependant aliéner, obliger ni hypothéquer les biens dont il a l'usufruit ou l'administration, si ce n'est en cas de nécessité ou d'utilité reconnue et avec l'approbation de la chambre pupillaire"⁴⁷.

Daneben wurde, zur Wahrung der Interessen des Kindes, bei möglichen Interessenkollisionen mit dem Vater ein 'curateur spécial' eingesetzt⁴⁸.

Das in der väterlichen Gewalt enthaltene Stellvertretungsrecht für die Kinder ging beim Ableben des Vaters genausowenig wie die Vormundschaft selbst 'de plein droit' auf die überlebende Mutter über, wie das im C.c.f. 390 der Fall war, sondern der Vater hatte das Recht, seinen Kindern testamentarisch einen beliebigen Vormund zu bestellen⁴⁹. Der C.c.f. räumte dieses Recht nur dem zuletzt versterbenden Eltern teil ein⁵⁰. Hingegen gestatteten sowohl der C.c.v. als auch der C.c.f.

46 C.c.v. 303 ff. Der emanzipierte Minderjährige verblieb (C.c.v. 305) unter einer Beistandschaft, i.d.R. derjenigen des Vaters (C.c.v. 306). Eine Walliser Besonderheit stellt die 'émancipation de plein droit' der Doktoren der Rechtswissenschaft und der Medizin, der Rechtsanwälte und Notare dar: diese erhielten die volle Handlungsfähigkeit zugebilligt (C.c.v. 313, Cropt, a.a.O., S. 289).

Emanzipiert wurden Minderjährige nach dem neuen C.c.v. nicht mehr automatisch durch die Heirat wie nach dem C.c.f. 476 und dem vorherigen Rechtszustand im Wallis (siehe auch 'Loi transitoire sur la mise en vigueur du Code civil du 20 mai 1854', Art. 5).

47 C.c.v. 173; Im C.c.f. ist diese Materie nicht unter dem Titel "De la puissance paternelle", sondern unter dem Titel "De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation" geregelt.

48 C.c.v. 174.

49 C.c.v. 201 ff.

50 C.c.f. 397.

dem Ehemann, bei seinem Vorableben der Gattin für die Kinder einen Beistand zu bestellen⁵¹.

Unter Vormundschaft gestellt wurden neben den Minderjährigen, die ihren Vater verloren hatten, Geisteskranke und Geistesschwache⁵²; daneben konnten nach dem Walliser Recht auch Verschwender bevormundet werden⁵³. Neben der persönlichen Fürsorge für die Bevormundeten schloss die Vormundschaft selbstverständlich die Vertretungsmacht für sie mit ein. Die Vertretungsbefugnis wurde durch die 'Chambre pupillaire' stark beschnitten⁵⁴.

Die Frau blieb ihr Leben lang rechtlich unselbständig. Bis zum 23. Altersjahr unterstand sie der väterlichen Gewalt; heiratete sie, so kam sie unter die Gewalt ihres Ehemannes, verheiratete sie sich nicht, so wurde ihr ein 'conseil judiciaire', ein Beistand bestellt, der zu wichtigen Geschäften seine Einwilligung geben musste. Eine Vertretungsmacht für den Beistand enthielt das Walliser Recht allerdings nicht⁵⁵.

C. Die gewillkürte Vertretung

Der Text des 17. Titels des Code civil du Valais, 'Du mandat', stimmt, abgesehen von einigen wenigen sprachlichen Abweichungen und dem Fehlen des bürgerlichen Todes wörtlich mit dem 13. Titel des Code civil

51 C. c. v. 204 (auch die Chambre pupillaire kann neben dem Vater für die Frau einen Beistand bestellen).
C. c. f. 391 und 392.

52 C. c. v. 315.

53 C. c. v. 316. Die Vormundschaft über Erwachsene wurde nicht als 'tutelle', sondern als 'curatelle' bezeichnet. Cropt, a. a. O., S. 290 ff.

54 Genauso wie bei der Führung einer Vormundschaft über Minderjährige. Die diesbezüglichen Einschränkungen (z. B. C. c. v. 270, 272, 274 ff.) galten auch für die 'curatelle'.

55 C. c. v. 344-351; Cropt, a. a. O., S. 45 f., 302 ff.

français überein⁵⁶. Als Besonderheit anzufügen ist hier nur noch, dass Cropt, obwohl ihm der C.c.fr. dazu keine Grundlage bot, die Eheschliessung durch einen Stellvertreter zuliess⁵⁷.

56 Cropt, a. a. O., t. 2, S. 623 ff., bringt dazu keinerlei von der herrschenden französischen Doktrin abweichende Gedanken.

57 Cropt, a. a. O., t. 1, S. 116.

6. Abschnitt

DIE REGELUNG DER STELLVERTRETUNG IM NEUENBURGISCHEN RECHT

I. Gesetzgebungsgeschichte¹

Im altneuenburgischen Recht lässt sich ein relativ geringer Einfluss des römischen und burgundischen Rechts feststellen, obwohl die 'us et coutumes de Neuchâtel' auf denjenigen der burgundischen Stadt Besançon beruhten². Die Rechtsentwicklung in Neuenburg vollzog sich des weiteren ziemlich unabhängig sowohl von der Rechtsfortbildung im benachbarten Burgund als auch von der Rezeption in Deutschland. Diese Eigenständigkeit und Unabhängigkeit der neuenburgischen 'coutumes' vom römischen Recht, vom 'droit écrit', wurde auch vom 'Petit-Conseil de Neuchâtel' in seinen Rechtsgutachten immer wieder bestätigt:

"En jugeant l'on ne suit pas le droit romain, mais la coutume particulière et ancienne qui a été pratiquée et usitée dans cette souveraineté, laquelle les magistrats et juges sont obligés d'observer"³.

Neuenburg besass nie einen offiziellen Coutumier, sondern nur eine Vielzahl von privaten Kompilationen, von denen erst in der zweiten Hälfte

1 Dominique Favarger, Coutumes et Coutumiers neuchâtelois à la fin de l'Ancien Régime in 'Musée neuchâtelois', 1967, no. 2, S. 61 ff.
G. A. Matile, De l'autorité du droit romain, de la Coutume de Bourgogne et de la Caroline dans la Principauté de Neuchâtel, Neuchâtel 1838 (P. de C).
ders., Déclarations ou points de coutume du Petit-Conseil de la ville de Neuchâtel, Neuchâtel 1838.
ders., Travaux législatifs des Plaits de mai, Etats et Audiences, Neuchâtel 1837.
Samuel Osterwald, Lois, us et coutumes de la souveraineté de Neuchâtel, Neuchâtel 1785, (S. XVI-XXIII).
Henri Jacottet, Le droit civil neuchâtelois, t. 1, Neuchâtel 1879, Einleitung.

2 Matile, De l'autorité ..., S. 95.

3 Matile, Points de coutume ... (P. de C.) du 29 octobre 1673, S. 94.

des 18. Jahrhunderts zwei gedruckt werden konnten⁴. Die handschriftlichen Sammlungen waren aber in einer derartigen Vielfalt vorhanden, dass man vor allem das 18. Jahrhundert zu Recht als 'l'âge d'or du droit neuchâtelois' bezeichnen durfte⁵.

Neben den privaten Coutumiers und den wenigen von den Trois-Etats beschlossenen Gesetzen⁶ existierte in Neuenburg noch eine weitere Rechtsquelle von hohem Wert: die (oben schon erwähnten) 'déclarations du Conseil de Ville' (de Neuchâtel), Gutachten oder Rechtsbelehrungen, die der Kleine Rat der Stadt Neuenburg an vor einem Gericht der unteren Instanz prozessierenden Parteien auf deren Ersuchen hin erteilte⁷. Diese Gutachten, ursprünglich nur handschriftlich aufgezeichnet, wurden 1836 von G. A. Matile gesammelt und chronologisch geordnet veröffentlicht⁸. Während dieser Zeit wurden die nach wie vor in Kraft stehenden 'coutumes' auch an der Universität gelehrt⁹.

Die neuenburgischen Bestrebungen, einen offiziellen und vollständigen Code civil zu erhalten, reichen sehr weit zurück. So finden sich schon in den 'Plaits de mai de Neuchâtel' darauf bezugnehmende Sätze:

"Ilz a aussy estez de nouveau adviser que il ce dressera ung livre coutumier pour tout le contez dud. Neufchastel affin de soulager le poure peuple quest grandement charger des justices ordynayres et extraordynayres ..."10.

Kodifikationsbestrebungen im Jahre 1618 führten nicht zum gewünschten Erfolg¹¹. Während des ganzen 18. Jahrhunderts versuchte man, für ganz

4 Favarger, a. a. O., S. 66 ff.

5 ders., a. a. O., S. 77.

6 Matile, Plaits de mai; Osterwald, a. a. O., S. XVII-XIX.

7 Favarger, a. a. O., S. 64.

8 Matile, Points de coutume du P. C. ...; siehe Anm. 1.

9 So durch Calame, H. F., Droit privé d'après la coutume neuchâtoise, cours professé à Neuchâtel de 1829 à 1830, Neuchâtel 1858.

10 Matile, Plaits de mai, Du 7 juin 1547 (1), S. 12. In der Folge wurde eine Kommission eingesetzt.

11 ders., a. a. O., S. 44-50.

Neuenburg zu einer einheitlichen, offiziellen Kodifikation zu kommen. Die Trois-Etats unternahmen 1709¹², 1710¹³, 1718¹⁴, 1756¹⁵, 1762¹⁶, 1763¹⁷, 1764¹⁸, 1772¹⁹, 1773²⁰ und 1777²¹ Versuche, den Fürsten zum Erlass eines Code des lois zu bewegen. Diese Versuche scheiterten allesamt, sei es, dass man das Begehren nicht beachtete, sei es, dass man es Kommissionen in die Hände gab, die zu keinem Resultat gelangten. Am 12. Mai 1778 verlangten die Trois-Etats, dass der Coutumier von Samuel Osterwald zu drucken und als provisorischer Code in Kraft zu setzen sei²². Diese Bitten wurden 1780, 1782 und 1783 wiederholt. Auch die Etats von Valangin arbeiteten auf eine Reform und Zusammenfassung der geltenden 'coutumes' hin²³. Schon am 15. Juni 1765 forderten sie den Druck des Coutumier von Osterwald²⁴, am 29. Mai 1777 dessen Promulgation als provisorischen Code des lois²⁵.

Nach der französischen Besetzung wurde der Conseil d'Etat von den Audiences Générales beauftragt, das Projekt eines Code civil an die Hand zu nehmen²⁶. Auch dieses Projekt kam nicht zur Ausführung. Erst 1848, im Gefolge der politischen Umwälzungen, wurde Piaget, der Führer der radikalen Partei, mit der Ausarbeitung eines Code beauftragt. Diese Arbeit fand ihren Abschluss in den Jahren 1853 bis 1855, in denen die verschiedenen Teile des neuenburgischen Code civil in Kraft gesetzt wurden. Auch der Code civil de la République et Canton de Neuchâtel lehnte sich, wie die übrigen Kodifikationen der Westschweiz, sehr stark an den Code Napoléon an²⁷.

12-21 Matile, Plaits de mai, Du 7 juin 1547 (1), S. 86, 87, 95, 96, 103, 104, 105, 106, 111.

22 ders., a. a. O., S. 112.

23 ders., a. a. O., S. 113.

24 ders., a. a. O., S. 129, 130, 131, 133.

25 ders., a. a. O., S. 135 (Du 15 juin 1765).

26 ders., a. a. O., S. 141 (Du 9 mars 1816).

27 Huber IV, S. 189 f.

II. Die Regelung der Vertretung im altneuenburgischen Recht

A. Die Prozessvertretung

Die neuenburgischen Coutumes erlaubten sowohl die persönliche Prozessführung als auch die Vertretung durch Anwälte:

"On peut se présenter en Justice, ou en personne, ou par procureurs qui agissent & défendent en notre nom"²⁸.

Unzulässig war die Prozessvertretung nur in familienrechtlichen Prozessen und Ehrenhändeln. Ebensowenig möglich war eine Vertretung in höchstpersönlichen Prozesshandlungen wie der Eidesleistung. Sämtliche ganz oder teilweise handlungsunfähigen Personen bedurften in jedem Falle eines Prozessvertreters; ausgenommen davon waren nur verheiratete Frauen in Straf- und Ehrensachen.

Gewerbsmässig übernahmen die 'Procureurs' und 'Avocats' Prozessvertretungen. In Neuenburg unterschied man zwischen diesen beiden Kategorien von Juristen nicht:

"Un procureur est une personne que nous établissons pour faire nos affaires & agir en notre nom, tant en jugement que dehors. Relativement aux affaires de Justice, les procureurs different des avocats en ce que ces derniers ne sont proprement établis que pour détailler la cause & la plaider, au lieu que les premiers ne plaident régulièrement pas, & se contentent d'instruire les procédures. Ces deux qualités sont confondues & réunies dans ce pays, où les avocats font l'un et l'autre"²⁹.

Unfähig, Prozessvertretungen zu übernehmen, waren alle diejenigen Personen, die selbst einen Prozessvertreter benötigten³⁰, dazu kamen die Frauen (auch wenn sie volljährig und ledig und damit handlungsfähig waren):

28 Osterwald, a. a. O., S. 368.

29 ders., a. a. O., S. 370.

30 ders., a. a. O., S. 371.

"Mais elles (les femmes, Anm.) ne sont pas reçues à y (en Justice, Anm.) paroître au nom d'autrui ni à faire les fonctions de procureurs & avocats, la bien-séance les leurs interdit ..."³¹.

Ausnahmen von diesem Verbot für Frauen, Dritte vor Gericht zu vertreten, gab es nur zwei: die Ehefrau durfte im Namen ihres Gatten auftreten, die Mutter für ihre Kinder³².

Die Bestellung eines Prozessvertreters erfolgte durch die Ernennung eines solchen vor Gericht oder durch die Ausfertigung einer schriftlichen oder öffentlich beurkundeten Vollmacht. Für deren Inhalt bestanden verschiedene Formvorschriften. Neben der genauen Bezeichnung von Vollmachtgeber und Vollmachtnehmer und dem Umfang der erteilten Vollmacht musste die Urkunde das unbedingte Versprechen des Mandanten enthalten, die vom Mandatar für ihn eingegangenen Verpflichtungen zu erfüllen. Ein eventuelles Substitutionsrecht musste in der Vollmachtsurkunde ausdrücklich erwähnt werden:

"Comme celui qui établit un procureur, le choisit à cause de sa capacité & de son savoir-faire, il n'est pas au pouvoir d'un procureur de substituer à un autre procureur en sa place, à moins que sa procuration ne renferme un pouvoir exprès de le faire"³³.

Da der Prozessvertreter nur seinen Mandanten, nicht aber sich selbst verpflichtete, war er nicht gehalten, im Falle des Unterliegens persönlich zu leisten³⁴.

Im übrigen galten für die Prozessvertretung dieselben Regeln wie für die gewillkürte Vertretung, die Osterwald im Rahmen des Mandats und der Prozessvertretung behandelt.

31 Osterwald, a. a. O., S. 368, ebenso Calame, a. a. O., S. 261.

32 Osterwald, a. a. O., S. 369.

33 ders., a. a. O., S. 372.

34 ders., a. a. O., S. 372.

B. Die gesetzliche Vertretung

Im Mittelpunkt der Regelung der gesetzlichen Vertretung im altnenburgischen Recht stand der 'père de famille', der sowohl über seine Kinder als auch über seine Ehefrau die Vormundschaft ausübte.

Der Vater vertrat seine minderjährigen Kinder in allen Rechtsgeschäften:

"Le père représente l'enfant dans tous les actes susceptibles de produire un effet juridique. L'enfant, tant que dure la puissance paternelle, est incapable de faire aucun acte juridique sans l'autorisation du père"³⁵.

Diese allgemeine Vorschrift fand sich schon im 'Décret des Audiences du 28 avril 1565'³⁶ und wurde in vielen Points de Coutume wiederholt³⁷, ebenso von Boyve und Osterwald³⁸. Selbstverständlich bezog sich diese Vertretungsbefugnis nicht auf die Ausübung höchstpersönlicher Rechte wie z.B. die Heirat³⁹. Die Mutter war, selbst unter Vormundschaft stehend, zu Lebzeiten des Vaters von der Vormundschaft über die Kinder ausgeschlossen (und damit auch von ihrer Vertretung). Die väterliche Gewalt endete für die Kinder beiderlei Geschlechts mit dem zurückgelegten 19. Altersjahr⁴⁰. Nachher waren die Jugendlichen, was die obligationenrechtlichen Geschäfte anbetraf, handlungsfähig. Für die Heirat war bis zum vollendeten 22. Altersjahr die Zustimmung der Eltern notwendig.

35 Calame, a. a. O., S. 348.

36 Calame, a. a. O., S. 348, zit. Matile, Plaits de mai, S. 20 (trad.).

37 Matile, P. de C. du 31 janvier 1693, du 1^{er} juillet 1696, du 2 mars 1706.

38 Boyve, Examen d'un candidat pour la charge de justicier en la principauté de Neuchâtel et Valangin, Neuchâtel 1786, S. 42/43, 173. Osterwald, a. a. O., S. 6/7.

39 Calame, a. a. O., S. 349, zit. Articles dressés pour la Justice matrimoniale, le 21 mars 1550 aus Matile, Plaits de mai, S. 278/279.

40 Calame, a. a. O., S. 359; Matile, P. de C. du 31 août 1705, du 31 janvier 1693, du 16 avril 1707, due 1^{er} juillet 1704.

Fiel der Vater als Vormund seiner Kinder aus, so trat die Mutter an seine Stelle:

"Les peres & meres sont tuteurs naturels de leurs enfans qui sont en bas âge ...

... le survivant, soit le mari, soit la femme, étant capables, peut avoir la garde & la conduite desdits enfans pendant leur minorité ..."⁴¹.

Schwierigkeiten ergaben sich erst dann, wenn sich die Witwe wieder verheiratete, denn

"La tutelle de la mère finit, quand elle passe en secondes noces, puisqu'elle entre elle-même sous la tutelle de son second mari, & que ceux qui sont sous tutelle ne sont pas reçus à être tuteurs des autres"⁴².

Der vorverstorbene Ehemann konnte aber seiner Gattin das Recht auf die Führung der Vormundschaft und die Ausübung der Vertretung der Kinder entziehen, indem er, wie z. B. in der Waadt, testamentarisch für die gemeinsamen Kinder einen anderen Vormund einsetzte⁴³.

Die erwachsene, ledige Frau war dem Mann inbezug auf die Handlungsfähigkeit grundsätzlich gleichgestellt, bedurfte also Vertreters oder auch nur Beistandes:

"Pour la fille majeure et pour la veuve la curatelle est également volontaire ..."⁴⁴

41 Osterwald, a. a. O., S. 71.

42 ebenda.

43 Osterwald, a. a. O., S. 72.

44 Calame, a. a. O., S. 363.

Dagegen behauptet Boyve, a. a. O., S. 42: "Les femmes & les filles sont toujours considérées comme mineures, quelque âge qu'elles aient, excepté les veuves auxquelles les magistrats ou les parens n'ont point établi de tuteur ou curatuer, ...", schränkte dies aber ein, indem er unten (S. 43) ausführte, dass auch die Möglichkeit bestände, volljährigen Frauen keinen Kurator oder Vormund zu geben.

Osterwald, a. a. O., S. 69, teilte die Ansicht von Calame: "Les femmes, veuves, & filles qui sont majeures, sont maîtresses de tous leurs droits, & elles ne sont point dans ce pays, comme dans d'autres, sous une curatelle perpetuelle ..."
So auch Matile, P. de C. du 31 août 1705, du 16 avril 1707, du 19 mai 1739 u. a. m.

Verheiratete sich eine Frau, so trat sie damit, wie schon oben erwähnt, unter die Vormundschaft ihres Ehemannes:

"Le mari est le chef du ménage & le tuteur naturel de sa femme"⁴⁵.

"Le mari est le tuteur naturel de la femme ... la femme ne peut valablement contracter ni s'obliger sans l'express consentement et autorisation de son mari"⁴⁶.

Gestattete der Mann seiner Frau, ein Gewerbe auszuüben, so galt dies als Generalvollmacht zum Abschluss aller dazu erforderlichen Rechtsgeschäfte⁴⁷.

Die Vormundschaft (tutelle) und die Pflegschaft (curatelle) unterschieden sich im neuenburgischen Recht sehr wenig. Unter Vormundschaft gestellt wurden Minderjährige, deren Inhaber der elterlichen Gewalt ausgefallen waren, unter die Kuratel Erwachsene, die unfähig waren, ihre Geschäfte selbst zu besorgen. Ledigen Frauen wurde nur auf ihr Ersuchen ein Beistand gegeben⁴⁸. Unter Vormundschaft oder Kuratel gestellte Personen waren unfähig, sich zu verpflichten, und zwar sowohl in gerichtlichen als auch in aussergerichtlichen Handlungen⁴⁹. Für die Prozessführung war der Vormund oder Kurator eigentlicher Vertreter seines Mündels (unter Vorbehalt der Ermächtigung zur Prozessführung durch die Cour de Justice), für aussergerichtliche Rechtsgeschäfte konnte er sein Mündel nach Belieben entweder vertreten oder, falls das Mündel volljährig war, dieses für den Abschluss einzelner Geschäfte von Fall zu Fall zu ermächtigen⁵⁰.

45 Osterwald, a. a. O., S. 23.

46 Calame, a. a. O., S. 318. Näheres bei Osterwalder, a. a. O., 24 f.

47 Calame, a. a. O., S. 318; Osterwalder, a. a. O., S. 24.

48 Calame, a. a. O., S. 361-364.

"La tutelle s'applique aux mineurs, la curatelle aux majeurs."
(Calame, 361). Weitere Ausführungen dazu bei Osterwalder, a. a. O., S. 69; vgl. auch oben N. 44.

49 Calame, a. a. O., S. 371; Osterwalder, a. a. O., S. 79 f.; Boyve, a. a. O., S. 43, 173/74.

50 Calame, a. a. O., S. 372.

C. Die gewillkürte Vertretung⁵¹

Die gewillkürte Vertretung fand im neuenburgischen Recht nicht nur in der Form der Prozessvertretung, sondern auch in derjenigen der aussergerichtlichen Vertretung Eingang. Diese wurde, wie im gemeinen Recht und in den Kodifikationen des 18. und des frühen 19. Jahrhunderts, im Rahmen des Mandats abgehandelt.

Das Mandat definierte Osterwald durchaus im herkömmlichen Sinne:

"Le mandement, ou la procuration, est un contrat par lequel l'un des contractans, qu'on appelle le mandant ou le constituant, donne pouvoir de faire en son nom ce qu'il lui prescrit, à une personne qu'on appelle mandataire, procureur ou constitué, qui s'en charge gratuitement ou moyennant quelque récompense modique, sous la promesse que fait le constituant s'avoir pour agréable ce que son procureur fait en son nom, conformément à ses pouvoirs, & de le relever de tous frais légitimes"⁵².

fügte aber die Einschränkung bei, dass überall dort, wo eine Entschädigung vereinbart worden sei, nicht vom Auftrag, sondern von der Dienstmiete (louage de travail) gesprochen werden müsse. Heutzutage klassische Fälle des Auftrages wie die Tätigkeit des Arztes oder des Rechtsanwaltes reihte Osterwald, von einer überspitzten Anwendung des römischen Rechts ausgehend, bei der Dienstmiete ein. Dagegen wandte sich Calame, der ausführte:

"... car la gratuité n'appartient point, d'après notre jurisprudence, à l'essence du mandat"⁵³.

Ebenfalls auf das römische Recht ging Osterwalds begrifflich klare Unterscheidung zwischen dem eigentlichen 'procureur' und dem negotiorum gestor zurück.

51 Osterwald, a. a. O., S. 256 ff.; Calame, a. a. O., S. 259 ff.

52 Osterwald, a. a. O., S. 256.

53 Calame, a. a. O., S. 260.

Neben den schon bei der Prozessvertretung erwähnten Einschränkungen bei den Geschäften, in denen man sich gerichtlich vertreten lassen konnte, galt der Grundsatz:

"L'objet de ce contrat, sont toutes les affaires licites & honnêtes, tant justicielles qu'extra-judicielles, qui se traitent parmi les hommes"⁵⁴.

Der Prokurator verpflichtete seinen Vollmachtgeber direkt und ausschliesslich, solange er sich im Rahmen seiner Vollmacht betätigte. Jedermann, der selbst handlungsfähig war, konnte seine Geschäfte durch einen Vertreter besorgen lassen oder selbst Dritte vertreten. Handlungsunfähigen Personen war es in Neuenburg nicht gestattet, aussergerichtliche Vertretungen zu übernehmen (gerichtliche schon gar nicht). Sogar an sich handlungsfähigen Frauen war dies untersagt.

Osterwald unterschied schon alle auch noch im heutigen Recht bedeutsamen Arten von Vollmachten und präziserte auch, für welche Geschäfte Generalvollmachten ausreichten und für welche nicht.

Ebensowenig wie der Prozessvertreter im Falle seines Unterliegens für den Mandanten eintreten musste, wurde der aussergerichtliche Prokurator aus Geschäften, die er innerhalb der Grenzen seiner Vollmacht mit Dritten getätigt hatte, selbst berechtigt oder verpflichtet. Ueberschritt er diese Grenzen aber, so haftete er allein:

"Une personne qui agit en qualité de procureur & de charge ayant de quelqu'un, n'est aucunement obligée de payer en cas de suc-combance, pour son constituant"⁵⁵.

"Ce qui a lieu lorsque le procureur est véritable procureur, & qu'il s'est contenu dans les bornes de ses pouvoirs; car s'il les a outrepassés, ou qu'il ait pris mal-à-propos la qualité de procureur, ou bien s'il s'est immiscé de son autorité dans les affaires d'autrui, quand même la partie l'auroit reconnu, ceux qui ont plaidé ou traité avec lui n'ont nulle action contre son prétendu constituant, & ne peuvent rechercher que lui seul ..."56.

54 Osterwald, a. a. O., S. 256.

55 Matile, P. de C. du 15 décembre 1671.

56 Osterwald, a. a. O., S. 372.

Ein Substitutionsrecht war nur gegeben, wenn es in der Vollmachtsurkunde ausdrücklich vorgesehen war.

Beendet wurde die Vollmacht durch die üblichen Erlöschensgründe:

- Beendigung des Geschäfts, für das sie ausgestellt war,
- Verstreichen der vorgesehenen Zeit,
- Tod des Auftraggebers oder des Beauftragten,
- 'contremandement', d. h. Widerruf der Vollmacht durch den Vollmachtgeber,
- Verzicht des Bevollmächtigten,
- gegenseitiges Einverständnis zur Auflösung des Vollmachtvertrages.

Wir finden also auch im altneuenburgischen Recht, wie nicht anders zu erwarten war, keine Trennung der Stellvertretungsmacht vom zugrundeliegenden Auftragsverhältnis.

III. Die Regelung der Vertretung in den neuenburgischen Gesetzen des 19. Jahrhunderts

A. Die Prozessvertretung

Der neuenburgische Zivilprozess wurde bis zum Inkrafttreten des Code de Procédure Civile am 1. Januar 1879 durch das 'droit coutumier' geregelt. Vorher wurden nur Vorschriften für die Ausübung der Advokatur erlassen, so ein 'Arrêt concernant le rôle des avocats au Tribunal souverain du 10 juin 1840'.

Den Parteien war es grundsätzlich freigestellt, einen Prozess selbst oder durch einen Vertreter (fondé de pouvoirs) zu führen. Ausgenommen von dieser Wahlmöglichkeit waren, wie schon im altneuenburgischen Recht, familienrechtliche Prozesse und Ehrenhändel⁵⁷.

⁵⁷ Code de Procédure Civile Art. 68, Abs. 1 und 2.

Das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien und ihren Vertretern beruhte auf dem zivilrechtlichen Mandat⁵⁸. Interessant ist die Umschreibung des Inhaltes des Mandats:

"Il emporte de plein droit pouvoir de faire tout ce qui est nécessaire à l'instruction d'une procédure jusqu'à jugement définitif, entre autre d'appeler, de renoncer à l'appel après jugement intervenu, de exercer des recours, de recevoir des significations, d'avouer des faits, de déférer le serment, de procéder à l'exécution des jugements, de recevoir le remboursement des frais et d'en donner quittance.

Toute réserve contraire est réputée non écrite à l'égard de la partie adverse"⁵⁹.

Das Mandat gab also dem Prozessvertreter gegenüber der Gegenpartei eine ganz genau umschriebene Vertretungsmacht, die durch eventuelle Vorbehalte der Partei nach aussen nicht eingeschränkt werden konnte. Eingeschränkt werden konnte nur die Vertretungsbefugnis des Prozessvertreters, d. h. die Partei konnte ihrem Vertreter intern Beschränkungen auferlegen. Der neuenburgische Gesetzgeber hat also die Trennung von Innen- und Aussenverhältnis im Prozessrecht weitgehend verwirklicht.

Neben dem eigentlichen Prozessvertreter existierte noch die Einrichtung des 'défenseur':

"Toute partie peut se faire assister en justice par un défenseur de son choix, moyennant qu'il soit majeur et jouissant des droits civils"⁶⁰.

Dieser 'défenseur' trat als Gehilfe, Wortführer einer anwesenden Partei auf (oder, was auch möglich war, eines anwesenden Parteivertreters). Seine Erklärungen galten, falls sie von der anwesenden Partei nicht zurückgenommen wurden, für diese als verbindlich. Der 'défenseur' entsprach also weitgehend dem früheren Fürsprecher.

58 Code de Procédure Civile, Art. 69.

59 a. a. O., Art. 70.

60 a. a. O., Art. 60.

Parteien, die nicht imstande waren, ihren Prozess ordnungsgemäss zu führen, wurden, wenn sie sich nicht vertreten lassen wollten, von Amtes wegen ein 'défenseur' zugeordnet⁶¹.

B. Die gesetzliche Vertretung

Der Grundsatz, der der Ausarbeitung des Code civil von Neuenburg zugrunde lag, nämlich möglichst viel von der Substanz des altneuenburgischen Rechts ins Gerüst des Code civil français einzubauen, kam im Personen- und Familienrecht naturgemäss besonders zum Tragen.

So durfte die Ehefrau ohne Einwilligung des Mannes grundsätzlich nicht vor Gericht auftreten⁶², ausser sie wäre 'marchande publique'⁶³. Eine durch Ehevertrag vereinbarte Generalvollmacht, die der Ehefrau die volle zivilrechtliche Handlungsfähigkeit belassen hätte, wurde zum vornherein als ungültig erklärt, ausgenommen über die Verwaltung des Frauengutes⁶⁴. So konnte Jacottet erklären:

"La femme mariée est placée dans un état de minorité complète pour tous les actes entre vifs"⁶⁵.

Dagegen stand einer Generalvollmacht im obligationenrechtlichen Sinne, die der Ehemann seiner Frau erteilen konnte, nichts im Wege⁶⁶. Sie war ja auch jederzeit widerruflich. Der Ehemann war also in allen Dingen der gesetzliche Vertreter seiner Gemahlin.

61 Code de Procédure Civile, Art. 80.

62 C. c. n. 155 f., C. c. f. 215 f.

63 C. c. n. 156 und 160; im Gegensatz dazu C. c. f. 215.

64 C. c. n. 163, C. c. f. 223.

65 Jacottet Henri, Le droit civil neuchatelois, t. 1, Neuchâtel 1879, S. 105.

66 ders., a. a. O., S. 107.

Die ledige, volljährige Frau stand im Genuss der vollen Handlungsfähigkeit; sie bedurfte also weder eines gesetzlichen Vertreters noch eines Beirates.

Das Verhältnis zwischen dem Vater und seinen Kindern gestaltete sich genau gleich wie unter der Herrschaft der Coutumes⁶⁷; die Vertretungsbefugnis richtete sich nach dem Vormundschaftsrecht. Die Altersgrenze von 19 Jahren für das Erreichen der Volljährigkeit wurde beibehalten⁶⁸, ebenso das Erfordernis der elterlichen Zustimmung für Heiraten bis zum 22. Altersjahr⁶⁹.

Der neuenburgische C. c. übernahm auch das Institut der Emanzipation, die durch Heirat oder Erklärung des gesetzlichen Vertreters vor der Vormundschaftsbehörde erfolgte⁷⁰. Im Gegensatz zum französischen Recht, das die Handlungsfähigkeit des emanzipierten Minderjährigen auf die ordentliche Vermögensverwaltung beschränkte⁷¹, stellte das neuenburgische Recht diesen dem Volljährigen in allen Dingen gleich.

Die Führung der Vormundschaft beim Tod eines Ehegatten fiel 'de plein droit' dem überlebenden zu⁷²; es war also dem Vater nicht mehr, wie nach den Coutumes, möglich, seine Kinder statt seiner Ehefrau einem testamentarisch ernannten Vormund anzuvertrauen, ja es bestand für ihn nicht einmal die Möglichkeit, wie im C. c. f., der Ehefrau einen Conseil spécial beizuordnen⁷³. Bei einer allfälligen Wiederverheiratung der Frau (der Mann wurde in seinen Rechten als Vormund seiner Kinder auch bei einer Wiederverheiratung nicht berührt) ernannte die Vormundschaftsbehörde für die Kinder einen Beistand für deren Vermögens-

⁶⁷ C. c. n. 271-278.

⁶⁸ C. c. n. 279; im C. c. f. 338 ist sie auf 21 Jahre festgesetzt.

⁶⁹ C. c. n. 92; im Gegensatz dazu C. c. f. 148 für Männer 25 Jahre, für Frauen 21 Jahre.

⁷⁰ C. c. n. 341-347.

⁷¹ C. c. f. 476 ff., v. a. 481-484.

⁷² C. c. n. 281, C. c. f. 390.

⁷³ C. c. f. 391 ff.

verwaltung; gleichzeitig überwachte dieser als Mitvormund auch die Erziehung der Kinder durch die Mutter, die ihrerseits auch als Vormund bezeichnet wurde⁷⁴. Diese Aufteilung der Vormundschaft findet sich auch im französischen Recht, wobei aber im neuenburgischen Recht die französische Lösung, wonach der zweite Gatte als Mitvormund zu amten hätte, ausdrücklich ausgeschlossen wurde⁷⁵. Die Vertretungsbefugnis stand demzufolge Mutter und Mitvormund gemeinsam zu; in vermögensrechtlichen Geschäften übte sie der Mitvormund allein aus.

Die Regelung der Vormundschaft und der Pflegschaft übernahm der neuenburgische Gesetzgeber ebenfalls aus dem einheimischen Recht, wenn auch die Formulierungen weitgehend auf dem C. c. f. beruhten. Der Satz:

"Le tuteur prendra soin de la personne du mineur, et le représentera dans tous les actes civils"⁷⁶.

diente nicht nur als Grundlage für die Vormundschaft über Minderjährige und Bevormundete, sondern auch für die Pflegschaft. Unter Vormundschaft gestellt wurden neben den Minderjährigen auch Erwachsene, und zwar wegen Geisteskrankheit oder -schwäche⁷⁷. Einen Curateur erhielten Verschwender und Personen, die aus irgendwelchen anderen Gründen nicht fähig waren, ihr Vermögen selbst zu verwalten⁷⁸. Für die Betroffenen zeitigte aber die Vormundschaft und die Pflegschaft genau dieselben Rechtswirkungen, d. h. sie mussten in allen Belangen von ihrem gesetzlichen Vertreter vertreten werden. Bei der neuenburgischen 'curatelle' haben wir also keine Mitwirkungsbeiratschaft vor uns, sondern, nach unsern Begriffen, eine kombinierte Mitwirkungs- und Verwaltungsbeiratschaft. Der C. c. f. dagegen unterschied klar zwischen der 'tutelle' und der 'curatelle'⁷⁹.

74 Jacottet, a. a. O. 259 f.

75 C. c. f. 386-396, C. c. n. 283.

76 C. c. n. 313, C. c. f. 450.

77 C. c. n. 349 ff., C. c. f. 489 ff.

78 C. c. n. 361-366; C. c. f. 513 ff. (conseil judiciaire).

79 Die 'interdiction' zog die 'tutelle' nach sich, den 'prodigues' wurde für gewisse Geschäfte ein Beirat zugeordnet. (C. c. f. 513: Il peut

C. Die gewillkürte Vertretung

Die Normen über die gewillkürte Vertretung im neuenburgischen Code civil wurden weitgehend dem Code civil français entnommen.

Die Definition des Mandats entspricht wörtlich derjenigen des Art. 1984 im C.c.f. Die im französischen Recht bestehende Möglichkeit, eine Vollmacht mündlich auszustellen (Art. 1985: *Le mandat ... peut aussi être donné verbalement ...*), wurde für das neuenburgische Recht aus Gründen der Rechtssicherheit ausgeschlossen⁸⁰. Ebenso wenig übernahm der neuenburgische Gesetzgeber den Art. 1986 C.c.f., der das Mandat seiner Natur nach als unentgeltlich bezeichnete.

Die ausdrückliche Erwähnung der emanzipierten Minderjährigen, die nach Art. 1610 des C.c.n. zur Uebernahme von Vertretungen berechtigt waren, schloss die nicht emanzipierten Minderjährigen davon aus. Derselbe Artikel liess auch die Frauen zur Uebernahme von Vertretungen zu, wobei aber für verheiratete, im gemeinsamen Haushalt mit ihrem Ehemann lebende Frauen dessen Zustimmung erforderlich war.

Weitere Unterschiede zum französischen Recht finden wir in Art. 1612 C.c.n., wonach, im Gegensatz zum Art. 1992 C.c.f., der Bevollmächtigte nur für Arglist und grobe Fahrlässigkeit, nicht aber für jedes Verschulden überhaupt einstehen musste. Aus der nicht unentgeltlichen Natur des Mandats ergab sich des weiteren, dass zu den Pflichten des Mandanten auch die Bezahlung des Honorars gehört (Art. 1620 C.c.n.: '*Le mandant doit ... au mandataire ... payer les salaires qui peuvent lui être justement dus*', dagegen Art. 1999 C.c.f.: '*... lui payer les salaires lorsqu'il en a été promis.*')

être défendu aux prodigues de plaider, de transiger, d'emprunter etc. ... sans l'assistance d'un conseil ...).

80 Jacottet Henri, *Le droit civil Neuchatelois*, t. 2, *Droit des obligations*, Neuchâtel 1877, S. 767 f.

So wurde die schon im altneuenburgischen Recht zulässige Stellvertretung im wesentlichen nach den Regeln des C. c. f. in den C. c. n. übernommen, dabei aber die Entgeltlichkeit des Mandats als Grundsatz beibehalten.

7. Abschnitt

ZUSAMMENFASSUNG

Auch in den Kantonen der Code civil-Gruppe war die gesetzliche Vertretung vor der Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts sehr verschieden ausgestaltet. Allgemein üblich war das Vertretungsrecht (bzw. die Vertretungspflicht) des Vaters für seine Kinder und des Vormundes für seine Schutzbefohlenen. Differenzen bestanden in der Frage der Vertretung der Ehefrau durch den Ehemann und bei der Uebernahme der gesetzlichen Vertretung für die Kinder durch ihre Mutter nach dem Ableben des Vaters. Die altrechtlichen Regelungen wurden zum Teil in die kantonalen Privatrechtskodifikationen des 19. Jahrhunderts übernommen, zu einem schönen Teil aber einfach durch die französische Regelung ersetzt. Inhaltlich besonders interessant sind die altrechtlichen Regelungen im Wallis, wo die Emanzipation durch die Erringung eines akademischen Grades (Dr. iur.) eintrat, und Neuenburg, wo die Handlungsfähigkeit der ledigen, volljährigen Frau anerkannt wurde.

Die Prozessvertretung spielte nicht in allen Kantonen dieselbe Rolle, war aber überall schon im alten Recht in irgendeiner Form zugelassen und wurde in den Prozessgesetzen des 19. Jahrhunderts dann genauer geregelt.

Die Regelung der gewillkürten Vertretung, wie sie in einigen Orten, so vor allem in Neuenburg, schon im alten Recht bestanden hat, vermochte sich gegen die überlegene Regelung des französischen Code civil nicht durchzusetzen. Mit anderen Worten: Es ist kein direkter Einfluss des alten Rechts auf die Regelung der gewillkürten Stellvertretung in den Privatrechtskodifikationen dieser Gruppe festzustellen.

4. Kapitel

DIE REGELUNG DER STELLVERTRETUNG IN DEN GESETZEN DER ZUERCHER GRUPPE

1. Abschnitt

DIE REGELUNG DER STELLVERTRETUNG IM ZUERCHERISCHEN RECHT

I. Kodifikationsgeschichte¹

Das Gebiet des heutigen Kantons Zürich gehört rechtsgeschichtlich, wie die übrigen Gebiete der deutschen Schweiz, dem alemannischen Rechtskreis an. Von einer eigentlichen zürcherischen Rechtsgeschichte können wir erst vom Hochmittelalter an sprechen.

Die älteste Aufzeichnung des Zürcher Stadtrechts ist der um 1300 entstandene sog. 'Richtebrief'. Er enthielt neben den öffentlichrechtlichen Bestimmungen nur wenige privatrechtliche Normen. Mit der Ausdehnung der Herrschaft der Stadt Zürich über die sie umgebenden Landgebiete stellte sich auch bald einmal das Problem der Rechtsvereinheitlichung, denn die zürcherische Landschaft hielt beharrlich an ihren alten Rechten, den Offnungen und Weisungen, fest. Daran vermochte auch die Stadtrechtsreformation von 1553, das 'Gerichtsbuch des frigen Gerichts der Statt Zürich mit synen Ordnungen unnd Satzungen, Ernüweret unnd gebesseret, usz Befelch eines Ersamen Raths Anno 1553', noch nichts zu ändern.

1 Johann Caspar Bluntschli, Staats- und Rechtsgeschichte der Stadt und Landschaft Zürich, 2 Bände, 2. A. Zürich 1856.
ders., Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich. Mit Erläuterungen herausgegeben von J. C. B., 4 Bände, Zürich 1854-1856, S. V-XXVIII.
Guggenbühl Paul, Die Entstehung des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches, Diss. Zürich 1924.
Elsener, Rechtsschulen ..., S. 381 ff. und 394 ff.
Arthur Bauhofer, Entstehung und Bedeutung des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches, in: ZSR N. F. 46, (1927), S. 1 ff.

Eine erste Stufe der Rechtsvereinheitlichung im damaligen Herrschaftsgebiet der Stadt Zürich bildete die Zusammenfassung verschiedener Dorfrechte zu Amts- und Herrschaftsrechten. So zählte man am Ende des 17. Jahrhunderts im Gebiet des heutigen Kantons Zürich ein Dutzend solcher Amtsrechte, fünf grössere Dorfrechte und die Stadtrechte von Egli-sau, Rheinau, Winterthur und Bülach.

Zu Beginn des 18. Jahrhunderts wurde das Zürcher Stadtrecht revidiert. An die Stelle des 'Gerichtsbuchs' traten die 'Satz- und Ordnungen Eines freyloblichen Stadtgerichts von 1715'. Im Jahre 1716 wurde das Stadterbrecht in Kraft gesetzt. Drei Jahre später, 1719, folgte das Matrimonialgesetz, das zunächst nicht gedruckt wurde². Diese drei Gesetzeswerke (das Matrimonialgesetz allerdings mehrmals revidiert) bildeten zusammen mit den noch in Kraft stehenden Amts- und Dorfrechten das zürcherische Privatrecht bis zur Kodifikation Bluntschlis. Das Zürcher Stadtrecht löste also die alten Ortsrechte nicht ab; es galt im ganzen Herrschaftsbereich der Stadt nur als subsidiäres Recht, doch wurde es 'von Anfang an als eine Darstellung des gemeinen zürcherischen Rechts aufgefasst, welches allenthalben da gelte, wo nicht ausnahmsweise abweichende Statuten etwas anderes verfügten'³.

Dieses Privatrecht war den Bedürfnissen eines blühenden Staatswesens in der ersten Phase der Industrialisierung natürlich in keiner Art und Weise mehr gewachsen. Während der Restauration war das politische Interesse an einer Privatrechtskodifikation sehr gering. Erst die Regeneration schuf dafür die notwendigen Grundlagen.

Eine materiell auf das zürcherische (und damit auf das deutsche) Privatrecht gegründete Kodifikation wurde erst auf der Basis der wissenschaftlichen Durchdringung dieses Rechtsstoffes durch Friedrich Ludwig Keller und nach ihm vor allem durch Johann Caspar Bluntschli möglich. Keller

2 Bluntschli, Staats- und Rechtsgeschichte II, 40.

3 ders., a. a. O. 38.

machte den Anfang mit seinen Vorlesungen über 'Zürcherisches Partikularrecht ... mit Rücksicht auf die übrigen Kantone der deutschen Schweiz'⁴, Bluntschli schuf mit seiner 'Staats- und Rechtsgeschichte der Stadt und Landschaft Zürich' die eigentliche Grundlage für die Schaffung einer auf dem zürcherischen Privatrecht basierenden Kodifikation.

Im Memorial von Uster, das die Forderungen der revoltierenden Landbevölkerung dem konservativen Zürcher Stadtreiment gegenüber enthielt, wurde auch eine gänzliche Revision der Verfassung und aller kantonalen Gesetze verlangt. Im Anschluss an die Annahme der Verfassung des Jahres 1831 wurden verschiedene Gesetzesrevisionskommissionen ins Leben gerufen. Eine davon hatte sich auch mit der Revision des Zivilrechts zu befassen. Dringendere Revisionsarbeiten aus dem Gebiete des öffentlichen Rechts verhinderten eine sofortige Inangriffnahme dieses Werkes, doch schon im Jahre 1832 erklärte sich Keller bereit, die Vorarbeiten zu einem zürcherischen ZGB zu übernehmen. Die Arbeit schritt aber aus mancherlei Gründen nicht recht voran. Mit dem "Züriputsch" von 1839 fand Kellers Arbeit auch in dieser Kommission ein Ende. Es war nicht das neue Regiment, das Kellers Ausscheiden aus der Gesetzesrevisionskommission erzwang; vielmehr zog er sich, nachdem er politisch nach Jahren einer unumstrittenen Führerschaft im liberalen Zürich gescheitert war, auch aus diesem Bereich des öffentlichen Lebens zurück.

Seinen Platz nahm Bluntschli ein, der wie Keller ein Schüler Savignys und damit der historischen Rechtsschule war, politisch aber im gegnerischen, im konservativen Lager stand. Wenn er auch neben seiner Tätigkeit als Regierungsrat nicht seine volle Arbeitskraft dem Revisionszur Verfügung stellen konnte, schritten die Arbeiten doch zügig voran. Das Jahr 1845 brachte die dritte politische Umwälzung, indem die Vorherrschaft der Konservativen durch die Liberalen endgültig gebrochen

⁴ Seine Kollegienhefte wurden niemals gedruckt, fanden aber trotzdem weite Verbreitung. Siehe Guggenbühl, a. a. O. 33/34.

wurde. Bluntschlis politische Karriere fand damit ein Ende, genauso wie diejenige Kellers sechs Jahre vorher. Im Gegensatz zu diesem aber stellte sich der gestürzte Regierungsrat weiterhin als Gesetzesredaktor zur Verfügung; sein Mandat wurde vom nunmehr liberalen Kantonsrat bestätigt. Trotz dieser Bestätigung kam das Gesetzeswerk nur noch mühsam voran: Eine starke persönliche Feindschaft zwischen Bluntschli und dem Führer der Liberalen, Alfred Escher, blockierte die Arbeit der zuständigen Gesetzesrevisionskommission. So konnte erst im Frühjahr 1853 mit der Beratung der Entwürfe begonnen werden. Im Herbst desselben Jahres wurde sie zu Ende geführt. Der Kommission gehörten die ersten Juristen Zürichs an, so z.B. der nachmalige Professor Friedrich von Wyss. Sie nahm verschiedene Abänderungen an Bluntschlis Entwurf vor, so vor allem mit der Ablehnung der beschränkten Rechtsfähigkeit der Juden, der Anerkennung der Zivilehe (wenn auch nicht generell) und der Ausgestaltung des Erbrechts, alles in liberalerem Geist als es der konservative Bluntschli vorgesehen hatte. Die Beratung im zürcherischen Grossen Rat war bis auf wenige Punkte wie das Mündigkeitsalter und einige Institute des Sachenrechts eher eine Formsache.

Das Personen- und Familienrecht trat am 31. März 1854, das Sachenrecht am 1. Juli 1855 und das Erbrecht am 31. März 1856 in Kraft.

II. Die Regelung der Vertretung vor der Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts

A. Die Prozessvertretung⁵

Im alten Zürich hatten die Fürsprecher dieselbe Funktion wie überall im deutschen Rechtskreis: Sie führten, als Mitglieder und Richter des

⁵ Arthur Bauhofer, Fürsprechertum und Advokatur im Kanton Zürich vor 1798, SA aus dem Zürcher Taschenbuch für das Jahr 1927, Zürich 1926. E. Zürcher, Zur Geschichte der Advokatur im Kanton Zürich, in 'Festgabe für den Schweizerischen Juristenverein 1908', 47 ff. ders., Schweizerisches Anwaltsrecht, Zürich 1920.

urteilenden Gerichts, das Wort für eine Partei⁶. Sie waren also nicht etwa Stellvertreter, sondern nur Sprachrohr der beteiligten Parteien. Eine unmittelbare Drittberechtigung und -verpflichtung durch sie war nicht möglich; ihre Reden mussten von den jeweils anwesenden Parteien durch konkludentes Verhalten genehmigt werden. Interessanterweise scheint das Institut der Vormundschaft zum Zwecke der Prozessvertretung missbraucht worden zu sein; verschiedene Ortsrechte verbieten die Bevormundung vor Gericht ohne triftigen Grund⁷. Das alte deutschrechtliche Fürsprechertum behauptete sich sowohl in der Stadt als auch auf der Landschaft bis zur Helvetik⁸.

Die Gerichtsordnungen der Stadt Zürich verboten eine Entwicklung der Fürsprecher zum bezahlten Anwalt einer Partei, weil sie an der Unentgeltlichkeit des Fürsprecheramtes festhielten⁹. Neben den weiterhin fortbestehenden Fürsprechern traten seit der zweiten Hälfte des 15. Jahrhunderts berufsmässige Anwälte, sogenannte Ratsredner oder Ratsprokuratoren, auf. Diese waren, im Gegensatz zu den Fürsprechern, nicht mehr Mitglieder des urteilenden Gerichts, sondern reine Parteivertreter, Stellvertreter ihres Auftraggebers¹⁰. Sie konnten daher ihren Vollmachtgeber in ihrer Eigenschaft als Bevollmächtigte unmittelbar berechtigen und verpflichten. Bauhofer nimmt an, dass sie unter dem Einfluss des römischen und kanonischen Rechts aufgekommen sind. Ursprünglich traten diese Prokuratoren nur vor dem Rat auf, später auch vor dem Ehegericht und dem Stadtgericht. Mit der Zeit erwirkten sich die Prokuratoren auch das Recht, vor den Gerichten auf der Landschaft aufzutreten. Im grossen und ganzen war der Stand der Ratsredner kein angesehen-

6 Bauhofer, Fürsprechertum ... 2 ff.

7 ders., a. a. O. 8. Angeführt werden als Belegstellen Art. 24 des Knonauer Amtsrechts und Art. 77 des Regensberger Herrschaftsrechts.

8 ders., a. a. O. 11.

9 ders., a. a. O. 13.

10 ders., a. a. O. 14.

11 ebenda.

ner Berufsstand; es fehlte seinen Mitgliedern in der Regel auch die entsprechende juristische Ausbildung. Die Anzahl der Prokuratoren war immer limitiert; ebenso die Zahl der sogenannten Auditoren, die als (in der Regel wissenschaftlich gebildete) Anwälte mit beschränktem Aufgabenbereich amtierten. Das Verhältnis zwischen den zürcherischen Auditoren und Prokuratoren entsprach etwa demjenigen zwischen den bernischen Prokuratoren und Fürsprechern.

B. Die gesetzliche Vertretung

Im Mittelpunkt der Familie stand in Zürich, wie überall im deutschen Rechtskreis, zunächst der Muntwalt, später der Ehemann und Familienvater. Er allein war voll handlungsfähig; die übrigen Familienmitglieder mussten von ihm vertreten werden.

Die Ehefrau stand bis zum Inkrafttreten des ZGB (1912) im Gebiet des heutigen Kantons Zürich unter der Vormundschaft ihres Mannes. Bluntschli drückte dies so aus:

"Der Ehemann, als natürliches Haupt der Familie und Vormund der Frau, repräsentiert diese nach aussen und vertritt sie auch vor Gericht"¹².

Der Ehemann war nicht nur berechtigt, seine Frau vor Gericht zu vertreten, sondern auch dazu verpflichtet, denn die zürcherischen Rechte liessen ein Auftreten der Frau vor den Schranken in der Regel nicht zu¹³. Die Vertretung der ehelichen Gemeinschaft (und damit des Mannes) durch die Frau war im Rahmen der Haushaltsgeschäfte, der sog. Schlüsselgewalt, möglich¹⁴. Viel weiter als alle übrigen Zürcher Rechtsgänge in dieser Richtung das Winterthurer Stadtrecht von 1720:

¹² Bluntschli, Staats- und Rechtsgeschichte II, 138.

¹³ Ottilie Springer, Die rechtliche Stellung der Frau, insbesondere der Ehefrau, auf Grund zürcherischer Rechtsquellen, Diss. Zürich 1922, 22.

Springer, a. a. O. 24.

"Wann ein Frauw jemandem vahnuss oder Brief, Sy mögend jhren oder dess Mans syn, hinderlegte oder zu kaufen gebe, obschon es nit vor Rath und nit mit bevogteter handt gescheche, soll es doch wann die Schuldforterer und Käufer die vahnuss und Brief in jhren handen habend gültig crefftig syn" 15.

Auch die Handelsfrau war der Vormundschaft ihres Mannes unterworfen, doch konnte sie alle sich auf ihren Handel beziehenden Rechtsgeschäfte ohne dessen Einwilligung tätigen. Damit war die Vormundschaft des Ehemannes einer Handelsfrau in dieser Richtung suspendiert. Es stand dem Ehemann aber jederzeit frei, die Zustimmung zum Betrieb eines Handels oder eines Gewerbes durch die Frau zurückzuziehen, falls er dies nicht zur Unzeit oder in doloser Absicht tat¹⁶.

Das Stellvertretungsrecht des Mannes für die Frau war aber kein absolutes, sondern nur ein relatives, indem es dem Manne nicht möglich war, für seine Frau Schulden zu begründen¹⁷.

Die Vormundschaft des Vaters über seine Kinder dauerte bis zu deren Volljährigkeit und der Begründung eines abgesonderten Haushalts, was spätestens mit der Heirat der Fall war. Verheirateten sich Kinder vor Erreichen des Volljährigkeitsalters, so erlosch die väterliche Vormundschaft, sofern die Ehe mit Zustimmung der Eltern geschlossen wurde¹⁸. Fiel der Vater als Vormund aus, so trat nicht etwa die Mutter an seine Stelle, sondern der nächste Vatermagen. Der Mutter verblieben in der

15 Springer, a. a. O. 23/24;
Bluntschli, Staats- und Rechtsgeschichte II, 145.

16 Bluntschli, a. a. O. 156-160;
Springer, a. a. O. 86/87, verneint das Bestehen der Institution der Handelsfrau im allgemein üblichen Sinne; Bluntschli gibt für deren Existenz keine Quellen an. Dafür belegt Springer den auch von Bluntschli, l. c., erörterten Fall, dass die Ehefrau zusammen mit ihrem Mann ein Geschäft betreibt.

17 Bluntschli, Staats- und Rechtsgeschichte II, 143-156.

18 Bluntschli, Staats- und Rechtsgeschichte IV, 190;
Marguerite Fiez, Das Eltern- und Kindesverhältnis nach den Rechtsquellen des Kantons Zürich, Diss. Zürich 1932, 28 ff. Danach war eine Ehe ohne Konsens der Eltern überhaupt ungültig.

Regel die Erziehungspflichten, die aber mit keinem Vertretungsrecht verbunden waren¹⁹.

Eine generelle Geschlechtsvormundschaft über die Frauen existierte nicht. Beschränkungen der Handlungsfähigkeit der volljährigen Frau, sei sie nun ledig oder Witwe, ergaben sich aber vor allem aus der Unmöglichkeit, vor Gericht auftreten zu können. So mussten sie sich für alle Rechtsgeschäfte, die vor dem Gericht zu tätigen waren, eines Vogtes bedienen. Erst das Stadtrecht von 1715 brachte für die volljährigen, unverheirateten Frauen die Möglichkeit, sich vor Gericht selbst zu vertreten²⁰. Von daher dehnte sich das Recht der Frauen, selbst vor Gericht aufzutreten, auf die Landschaft aus. Dass die Witwe noch lange Zeit als bevormundet betrachtet wurde, hängt damit zusammen, dass der Vormund der Kinder über das gesamte Kapitalvermögen des verstorbenen Ehemannes und Vaters Rechnung ablegte. In diesem Gesamtvermögen war jeweils das Vermögen der Witwe miteingeschlossen²¹. Auch sprachen die Bevogtigungsordnungen von 1695 und 1738 noch von der 'Bevogtigung von Witwen und Waysen', obwohl erstere gar nicht mehr bevormundet werden mussten.

Bevormundet wurden neben den Minderjährigen, denen der Vater verstorben war (oder dem die Vormundschaft über die Kinder entzogen wurde), Kranke, die unfähig waren, ihre eigenen Geschäfte zu besorgen, Verschwender und Abwesende. Ueber Abwesende wurde eine Vormundschaft nur errichtet, wenn sie zur Verwaltung ihres Vermögens und zur Wahrung ihrer Interessen keinen Stellvertreter bestimmt hatten²². Diese Vormundschaft entsprach in ihren Wirkungen der heutigen Verwaltungsbeistandschaft.

19 Fiez, a. a. O. 17, 24;

Bluntschli, Staats- und Rechtsgeschichte I, 298, 467; II, 188.

20 Bluntschli, Staats- und Rechtsgeschichte II, 194/195.

21 ders., Staats- und Rechtsgeschichte I, 469; II, 195.

22 ders., Staats- und Rechtsgeschichte II, 206 ff.

Die Vormundschaft endigte mit dem Wegfall des Grundes, aus welchem sie angeordnet worden war, i. d. R. also mit dem Erreichen des Volljährigkeitsalters, das in frühester Zeit bei 12 Jahren lag, später bei 18 (Mann) bzw. 16 (Frau) Jahren und im Stadtrecht von 1715 auf 25 Jahre festgesetzt wurde²³.

Sowohl der Vater als Vormund seiner Kinder als auch die rechten (nahe verwandten) und gekorenen Vögte konnten ihre Mündel durch ihre Handlungen unmittelbar berechtigen und verpflichten, wobei aber die Vertretungsmacht vor allem des rechten und des gekorenen Vogtes vielerlei Einschränkungen unterworfen war²⁴.

Die gesetzliche Vertretung im deutschen Recht war nach Bluntschli wesentlich für die Entwicklung der direkten Stellvertretung, da der deutsche Vogt, im Gegensatz zum römischen Tutor, von Anfang an für das Mündel in dessen Namen gehandelt habe²⁵. Das deutsche Recht war also viel weniger stellvertretungsfeindlich als das römische.

C. Die gewillkürte Stellvertretung

Bluntschli erwähnt die freie, gewillkürte Stellvertretung in seiner Staats- und Rechtsgeschichte des Kantons Zürich mit keinem Wort. Angesichts der Entwicklung der Prozessvertretung und vor allem der Zulassung einer echten Stellvertretung im Vormundschaftsrecht darf angenommen werden, dass die direkte Stellvertretung, vornehmlich im Zusammenhang mit dem Auftrag oder bestimmten Arbeitsverhältnissen, schon vor dem 19. Jahrhundert durchaus üblich war.

23 Bluntschli, Staats- und Rechtsgeschichte I, 112; II, 434.
Fiez, a. a. O. 20 ff., 29 ff.

24 Bluntschli, Staats- und Rechtsgeschichte II, 200 ff.

25 ebenda.

III. Die Regelung der Stellvertretung in der zürcherischen Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts

A. Die Prozessvertretung

Während der Helvetik war die Ausübung der Advokatur frei. In der Mediationszeit wurde die bernische Ordnung eingeführt: Es wurden nach bestandener Prüfung zwanzig Prokuratoren und acht Fürsprecher zugelassen²⁶. Erstere waren zur Parteivertretung vor Gerichten der unteren Instanz zugelassen, letztere vor allen Gerichten.

Die Institution des Fürsprechers erlebte ebenfalls in der Zeit der Mediation eine Auferstehung, besagte doch das Gesetz über die Organisation der Friedensrichter und Zunftgerichte vom 3. Juni 1803, dass eine Partei, die ihre Streitsache nicht mit der notwendigen Deutlichkeit vortragen könne, sich aus dem Zunftgericht einen beliebigen Richter als Fürsprecher erbitten möge²⁷.

Die Zeit der Regeneration hat in der Frage der Prozessvertretung keine Neuerungen gebracht: nur der Numerus clausus für berufsmässige Anwälte wurde aufgehoben²⁸.

Durch die ZPO vom 1. Januar 1867 wurde es, wie bis anhin, jeder Partei ausdrücklich gestattet, ihre Prozesse selber zu führen oder durch einen Verwandten oder patentierten Anwalt führen zu lassen²⁹. Durch das Rechtspflegegesetz vom 2. Dezember 1874 wurde die Ausübung der Advokatur wieder freigegeben:

26 Gesetz betreffend die Einrichtung des Advocaturwesens im Canton Zürich vom 18. Dezember 1804.

27 Art. 11.

28 Zürcher, Geschichte der Advokatur, 62 ff.

29 ZPO von 1867, § 34.

"In Zivilsachen können die Parteien beziehungsweise deren Vertreter selbst handeln oder sich durch eine andere, im Besitze des Aktivbürgerrechts befindliche Person vertreten lassen" ³⁰.

Erst im Jahre 1898 wurde vom Zürcher Volk ein Gesetz betreffend Ausübung des Rechtsanwaltsberufes angenommen, das die Zulassung zur Advokatur wiederum vom Bestehen einer Prüfung abhängig machte ³¹.

B. Die gesetzliche Vertretung

Die Regelung der gesetzlichen Vertretungsverhältnisse hat Bluntschli zum grossen Teil aus dem altzürcherischen Recht übernommen.

Die Vormundschaft des Ehemannes über die Ehefrau wurde beibehalten:

"Der Ehemann ist von Rechts wegen der eheliche Vormund der Frau. Er verwaltet ihr Vermögen und vertritt dieselbe nach aussen" ³².

Der wesentlichste Aspekt dieser Vormundschaft war, neben der Vermögensverwaltung, die Vertretung der Ehefrau im Rechtsverkehr ³³. Diese Vertretung war aber nicht absolut; über ihr Sonder- und Spargut ³⁴ durften die Ehefrauen selbst verfügen ³⁵. Dagegen war es ihnen verwehrt, ohne die Zustimmung des Ehemannes und eines ausserordentlichen Vormundes Schulden einzugehen. Taten sie es dennoch, so haftete weder ihr eingebrachtes Gut noch ihr Spargut ³⁶. Die volljährige, urteilsfähige Frau war grundsätzlich voll handlungsfähig. Deshalb konnten die

30 Rechtspflegegesetz von 1874, § 174.

31 Zürcher, Geschichte der Advokatur, 71 ff.

32 PGB § 138.

33 Diese Vertretungspflicht lässt sich auch aus PGB § 128 begründen; nach dieser Norm hatte der Mann die Frau vor Unbill zu schützen. Vgl. Bluntschli, Kommentar I, Erl. 2 zu § 128.

34 Spargut war Übungsgemäss nicht ausdrücklich vorbehaltenes Sondergut. Vgl. Bluntschli, Kommentar I, Erl. 2 zu § 144.

35 PGB § 144.

36 PGB §§ 145/146.

Frauen auch Prozesse, sofern nicht die Vermögensinteressen ihrer Ehemänner auf dem Spiel standen, selbst führen. Es betraf dies vor allem Prozesse um höchstpersönliche Rechte, so den Scheidungsprozess³⁷.

Eine freiere Rechtsstellung stand der Handelsfrau zu. Sie durfte, 'so weit das Geschäft reicht', auch ohne die Zustimmung ihres Mannes Verträge abschliessen und Schulden eingehen³⁸. Die Führung eines Handelsgeschäftes durch die Ehefrau bedurfte aber der ehemännlichen Zustimmung³⁹, die jederzeit widerrufen werden konnte⁴⁰. Die übrigen Aspekte der ehemännlichen Vormundschaft wurden durch die Stellung der Ehefrau als Handelsfrau nicht berührt⁴¹.

Die Ehefrau besass, wie schon im altzürcherischen Recht, die Vertretungsmacht für die eheliche Gemeinschaft in Haushaltsangelegenheiten, die sog. Schlüsselgewalt. Diese konnte ihr aber vom Ehemann im Falle des Missbrauchs jederzeit entzogen werden⁴².

Für die Beurteilung der weiteren vormundschaftlichen Vertretungsverhältnisse sind die Begriffe der Mündigkeit und der Volljährigkeit von grosser Bedeutung. Die zivilrechtliche Mündigkeit bezeichnete, ähnlich wie die kirchliche Konfirmation, das Ende der Kindheit. Sie zog nicht die volle Handlungsfähigkeit der Mündigen nach sich, sondern nur die Möglichkeit zu deren Einräumung durch die 'Volljährigerklärung'. Die Volljährigkeit hatte die volle Handlungsfähigkeit zur Folge; sie trat mit dem vollendeten vierundzwanzigsten Altersjahr ein⁴³.

37 PGB § 207.

38 PGB § 170.

39 PGB § 169.

40 PGB § 172.

41 PGB § 171.

42 PGB §§ 150 und 152.

43 PGB § 12: "Die Mündigkeit des Kindes beginnt mit dem zurückgelegten sechzehnten Altersjahre, die Volljährigkeit mit dem zurückgelegten vierundzwanzigsten Altersjahre."

Die väterliche Vormundschaft umfasste, wie im alten Recht, die Verwaltung des Vermögens und die Vertretung der minderjährigen Kinder Dritten gegenüber⁴⁴. Die Erziehungspflicht war, im Gegensatz zur Vormundschaft, die dem Vater allein zustand, beiden Eltern gemeinsam aufgetragen⁴⁵. Das unmündige Kind galt als gänzlich handlungsunfähig. Ohne Zustimmung des Vaters konnte es über keinen einzigen Teil seines Vermögens verfügen, nicht einmal über sein Spargut⁴⁶. Der Verfügungs- und Vertretungsmacht des Vaters vollständig entzogen war, was das mündige, aber noch minderjährige Kind sich durch aussergewöhnlichen Fleiss erwarb oder was ihm zu freier Verfügung geschenkt wurde, nicht aber generell sein Spargut⁴⁷.

Die väterliche Vormundschaft erlosch mit dem Erreichen des Volljährigkeitsalters durch das Kind, die Volljährigerklärung oder die Heirat von Sohn oder Tochter. Starb der Ehemann der minderjährigen Tochter, so lebte die Vormundschaft des Vaters nicht wieder auf⁴⁸.

Unter obrigkeitliche Vormundschaft gestellt wurden Minderjährige, die nicht unter väterlicher Vormundschaft lebten, Verschwender, zu Ketten- oder Zuchthausstrafen verurteilte Sträflinge während der Dauer ihrer Strafzeit, Kranke, die ausserstande waren, ihr Vermögen selbst zu besorgen, und Personen, die sich freiwillig unter Vormundschaft begaben; dazu kamen die unbekannt Abwesenden⁴⁹. Nach zürcherischem Recht waren nur Männer imstande, eine Vormundschaft zu führen; Frauen,

44 PGB § 261.

45 Die Mutter verblieb auch nach dem Tode des Vaters das Recht auf die Erziehung der Kinder. Vgl. Bluntschli, Kommentar I, Erl. zu § 251.

46 PGB § 267, Bluntschli, Kommentar I, Erl. 2 zu § 266.

47 PGB § 266.

48 PGB § 275. Die Bestimmung des alten Rechts, wer einen eigenen Rauch führe, sei als volljährig zu betrachten, wurde nicht aus dem alten Recht übernommen. Vgl. Bluntschli, Kommentar I, Erl. zu § 275.

49 PGB § 317.

selbst die Mütter, waren davon ausgeschlossen⁵⁰. Die Rolle des Vogts als Stellvertreter des Vögtlings arbeitete Bluntschli bei der Behandlung der obrigkeitlichen Vormundschaft viel klarer heraus als bei der väterlichen⁵¹:

"Der Vogt ist berechtigt:

a. ...

b. das Vermögen des Bevormundeten zu verwalten und als Stellvertreter des Vögtlings für denselben zu handeln und Rechtsgeschäfte abzuschliessen, innerhalb der allgemeinen, in seiner Stellung liegenden, und der besonderen, durch die Vormundschaftsbehörde ihm erteilten Vollmacht;

c. ..." 52

Die Vertretungsbefugnis des Vogts wurde durch die Befugnisse der vormundschaftlichen Behörde, d.h. des Waisenamtes stark eingeschränkt⁵³. Ein mündiger Bevormundeter konnte im übrigen – ebenso wie die Ehefrau – grundsätzlich über sein Spargut selbständig verfügen⁵⁴.

Ueberschritt der Vogt seine Vertretungsbefugnisse (oder handelte gar der Bevormundete selbst ohne Zustimmung seines Vogtes), so war das betreffende Rechtsgeschäft für den Bevormundeten unverbindlich, nicht aber für den kontrahierenden Dritten; der kompetenten Stelle stand es frei, den Vertrag zu genehmigen oder abzulehnen. Lehnte sie ihn ab, so wurde der über die Grenzen seiner Vertretungsmacht hinaus handelnde Vogt schadenersatzpflichtig⁵⁵. Das PGB unterschied also ganz klar zwischen der (nach aussen wirkenden) Vertretungsmacht, die die Stellvertretung in allen Rechtsgeschäften umfasste, sowie den (internen) Ver-

50 PGB § 334, vor allem Erl. Abs. 2 zu § 334 in Bluntschli, Kommentar I.

51 so schon in Bluntschli, Staats- und Rechtsgeschichte II, 201 ff.

52 PGB § 342.

53 PGB §§ 372 ff.

54 PGB § 344.

Im Gegensatz zum mündigen, unter väterlicher Vormundschaft stehenden Minderjährigen, dem das Spargut ausdrücklich überlassen werden musste: PGB § 267.

57 PGB § 379. Vgl. dazu Bluntschlis Kommentar I, Erl. zu § 379.

tretungsbefugnissen, die durch Gesetz oder besondere "Vollmacht" der Vormundschaftsbehörden geregelt wurden.

Die obrigkeitliche Vormundschaft endete einmal mit dem Wegfall des Grundes, aus welchem sie angeordnet worden war; daneben galten dieselben Erlöschensgründe wie bei der väterlichen Vormundschaft⁵⁶.

C. Die gewillkürte Stellvertretung

Als erster Gesetzesredaktor zog Bluntschli aus der allgemeinen Anerkennung der Zulässigkeit der gewillkürten Stellvertretung die Konsequenz, die sein Lehrer Savigny schon in seinem "System des heutigen Römischen Rechts"⁵⁷ gezogen hatte: Er ordnete die Bestimmungen über die Stellvertretung im Allgemeinen Teil des Obligationenrechts ein⁵⁸. So schied er die Stellvertretung vom Mandat, in dessen Rahmen sie in allen früheren Kodifikationen behandelt wurde. In diesem Zusammenhang ist auch erwähnenswert, dass Bluntschli die jahrhundertealte Kontroverse um die Unentgeltlichkeit des Mandats auf eine äusserst originelle Art und Weise löste. Er behielt das Mandat als Vertrag über die unentgeltliche Geschäftsbesorgung bei⁵⁹, schuf aber daneben den entgeltlichen Honorarvertrag (Freidienstvertrag), der den Dienstleistungen der Aerzte, Rechtsanwälte usw. zu Grunde gelegt wurde⁶⁰.

56 PGB §§ 420, 424, 425, 426, 427. PGB § 428 spricht von der Beendigung der Vormundschaft über die Ehefrau eines Falliten. Da der Fallit selbst bevormundet wurde, konnte er die Vormundschaft über seine Ehefrau nicht mehr ausüben. Demzufolge musste er durch einen Vogt ersetzt werden, der aber der Ehefrau i. d. R. weitestgehende Freiheit liess.

57 Savigny, System ... Bd. III, § 113.

58 PGB §§ 949-954.

59 PGB §§ 1156 ff.

60 PGB §§ 1567 ff.

Bluntschli regelte die Stellvertretung in sechs knappen Paragraphen. Im ersten davon wurde sie folgendermassen definiert:

"Wer dazu ermächtigt ist, kann auch für einen Andern einen Vertrag abschliessen, so dass, wenn er als Stellvertreter sich zu erkennen gegeben hat, nicht der Vertreter, sondern der Vertretene zum Gläubiger oder Schuldner wird" ⁶¹.

Nicht ausdrücklich gesagt wurde, dass der Stellvertreter im Namen des Vertretenen kontrahieren müsse, doch lässt sich dies aus der Formulierung 'sich als Stellvertreter zu erkennen geben' schliessen. Daraus kann man schliessen, dass Bluntschli ein Anhänger der Repräsentationstheorie war. Den Vertrag schloss ja nicht etwa der Vertretene, der Vertreter ab, sondern der Vertreter allein ⁶². Das alleinige Handeln des Vertreters begründete die Obligation, die ihre Wirkungen von Anfang an und ausschliesslich in der Person des Vertretenen entfaltete.

Im zweiten Absatz von § 949 traf der Gesetzesredaktor die Unterscheidung zwischen General- und Spezialvollmacht. Als Beispiel für den Umfang der Generalvollmacht führte er in seinem Kommentar die Vertretungsmacht des geschäftsführenden Gesellschafters in der Kollektivgesellschaft ⁶³ und des Prokuristen ⁶⁴ an. Des weiteren heisst es in § 949 Abs. 2, die Ermächtigung könne sich aus den Verhältnissen ergeben. Als Beispiel dafür steht das Handeln des Vaters inbezug auf die Verwaltung des Vermögens seiner Kinder. Im Kommentar führte Bluntschli sogar das Handeln des Vormundes als Stellvertreter des Bevormundeten als sich aus den Verhältnissen ergebend an ⁶⁵. Dies ist m. E. nicht ganz folgerichtig, denn sowohl die Vertretung des Bevormundeten durch den

⁶¹ PGB § 949 Abs. 1.

⁶² Vgl. die Argumentation für das aOR bei Everding, a. a. O 93.

⁶³ PGB § 1277.

⁶⁴ PGB §§ 1287 ff. Die Befugnisse und die Vertretungsmacht des Prokurators sind nur in Bluntschlis Kommentar III, Erl. 3 zu § 1287, umschrieben.

⁶⁵ Bluntschlis Kommentar III, Erl. 4 zu § 949.

Vormund als auch die Vertretung der Kinder durch ihren Vater beruhen auf positiven Rechtsnormen⁶⁶, ergeben sich also keineswegs "aus den Verhältnissen". Aus den Verhältnissen ergibt sich z.B. die Vollmacht eines Angestellten, der nicht als Prokurist im Rationenbuch vorgemerkt war, den der Prinzipal aber trotzdem als solchen gewähren liess.

Die nächsten drei Paragraphen widmete der Gesetzesredaktor der Stellvertretung ohne Ermächtigung seitens des Vertretenen. PGB § 951 übernahm, wenn auch in abgeschwächter Form, den römischen Grundsatz, wonach Gewaltunterworfenen Forderungen zwingend ihrem Gewalthaber erwarben. Danach konnten Hausgenossen ohne besondere Ermächtigung für das Haupt der Haushaltung rechtsgültig erwerben. Für die Eingehung von Schulden galt dieser Grundsatz selbstverständlich nicht.

Ohne Ermächtigung konnte auch niemand einen Dritten verpflichten, es sei denn, dieser lasse das Geschäft nachträglich gegen sich gelten. Im Falle einer solchen Ratihabition ersetzte die nachträgliche Genehmigung die vorgängig nicht erteilte Ermächtigung⁶⁸. Der nicht ermächtigte Vertreter wurde dem Gegenkontrahenten schadenersatzpflichtig, falls der 'Vertretene' das Geschäft nicht genehmigte⁶⁹. Der Vertretene haftete in einem solchen Fall nur nach den Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung⁷⁰.

Erwarb jemand für einen Dritten eine Forderung, ohne dazu ermächtigt zu sein, so entfaltete diese ihre Wirkung für den Dritten nur dann, wenn dieser die Geschäftsführung seines zuvor nicht ermächtigten Vertreters nachträglich genehmigte oder die Forderung von diesem erwarb. Das hatte aber zur Voraussetzung, dass der Stellvertreter nicht im Namen

66 PGB §§ 379 bzw. 261.

67 PGB § 1288 Abs. 2.

68 PGB § 952.

69 PGB § 954.

70 PGB § 953.

des Vertretenen, sondern in seinem eigenen handelte und die Forderung nachträglich zederte⁷¹.

Wir müssen uns fragen, ob Bluntschli die Trennung zwischen dem Aussenverhältnis, der Bevollmächtigung des Vertreters seitens des Vertretenen, und dem Innenverhältnis, dem dieser Bevollmächtigung zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis, schon vollzogen hat. Bei diesem die Grundlage der gewillkürten Stellvertretung darstellenden Rechtsverhältnis konnte es sich vor allem um den Auftrag⁷², daneben aber auch um den Honorarvertrag⁷³, den Gesellschaftsvertrag⁷⁴, den Lohndienstvertrag⁷⁵ oder das Dienstbotenverhältnis⁷⁶ handeln. Der Gesetzesredaktor sah m.E. diese Trennung sehr klar. PGB 949 ff. behandeln ausschliesslich, mit Ausnahme von PGB 951, der auf das familienrechtliche Verhältnis zwischen dem Familienoberhaupt einerseits und den übrigen Familienmitgliedern andererseits Bezug nimmt, die Wirkung der Vollmacht, d.h. die Frage, ob und wie eine unmittelbare Drittberechtigung und -verpflichtung des Vertretenen durch das Handeln seines Vertreters zustande kommen kann, also das Aussenverhältnis, während die Regelung der verschiedenen Grundverhältnisse im PGB darüber keine Normen enthält.

Bei der Abfassung der Bestimmungen über die Prokura hat Bluntschli einen Teil der Erkenntnisse aus Labands berühmtem Artikel über die Trennung von Aussen- und Innenverhältnis⁷⁷ schon vorweggenommen. Er trennt nämlich den dem Anstellungsverhältnis zu Grunde liegenden Lohndienstvertrag ganz klar von der Prokura:

71 PGB § 950.

72 PGB §§ 1156 ff.

73 PGB §§ 1567 ff.

74 PGB §§ 1275 ff.

75 PGB §§ 1560 ff.

76 PGB §§ 439 ff.

77 Paul Laband, Die Stellvertretung bei dem Abschluss von Rechtsgeschäften, in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 10, 1866, 183 ff.

"Der Prinzipal ist jederzeit berechtigt, die dem Prokuraträger ertheilte Vollmacht zu widerrufen. Damit aber der Widerruf im Verhältnis zu dritten Personen wirke, bedarf es der vorherigen Bekanntmachung.

Der Widerruf wirkt gegenüber dritten Personen vollständig, ungeachtet der Prokuraträger aus seinem Vertragsverhältnis mit dem Prinzipal sich möglicherweise darüber beschweren und wegen Verletzung des Anstellungsvertrages Entschädigung fordern kann" ⁷⁸.

Mit dieser Unterscheidung war *expressis verbis* zum ersten Mal in der schweizerischen Rechtsgeschichte die Trennung von Vollmacht und Grundverhältnis durchgeführt. Bei der allgemeinen Regelung der Stellvertretung trat dieser Unterschied allerdings weniger klar hervor, ja er wurde sogar wieder verwischt, da wir feststellen müssen, dass die Erlöschensgründe für die Vollmacht, die ja nur das Aussenverhältnis bestimmte, mit den Aufhebungsgründen für den das Innenverhältnis regierenden Auftrag zusammenfallen ⁷⁹.

78 PGB §§ 1290 und 1291.

79 PGB §§ 1182 ff.

2. Abschnitt

DIE REGELUNG DER STELLVERTRETUNG IN SCHAFFHAUSEN

I. Kodifikationsgeschichte¹

Schaffhausen erlangte erst im Jahre 1501 die völlige Unabhängigkeit vom Deutschen Reich. Deshalb wurde die Stadt in ihrer Rechtsentwicklung stärker vom gemeinen Recht beeinflusst als die übrigen Stände der Eidgenossenschaft, Basel ausgenommen. Im Gegensatz zu Zürich, in dessen Herrschaftsgebiet sich viele Amts- und Herrschaftsrechte herausbildeten, gelang es dem Schaffhauser Regiment, die Rechtsvereinheitlichung schon gegen das Ende des 15. Jahrhunderts zu einem Abschluss zu bringen.

An Rechtsquellen aus der Zeit vor 1798 finden wir zunächst den Richterbefehl von 1291. Dieser enthielt aber sehr wenige Normen privatrechtlichen Inhalts. Das Stadtbuch aus dem Jahre 1385 führte bereits mehr Satzungen privatrechtlicher und vor allem prozessrechtlicher Natur an. Die Ehegerichtsordnung von 1529, die nach dem Uebertritt Schaffhausens zur Reformation und dem Wegfall der Ehegerichtsbarkeit des Bischofs von Konstanz geschaffen wurde, regelte vor allem Fragen um das Zustandekommen und die Auflösung der Ehe sowie Sittlichkeitsdelikte. Erst im Jahre 1766 erhielt die Stadt Schaffhausen eine umfassende Stadtgerichtsordnung, wie sie sich Zürich mehr als fünfzig Jahre früher geschaffen hatte, die 'Statt-Gerichts-Ordnung der Statt Schaffhausen'. Die Bestimmungen dieser Gerichtsordnung blieben bis zu ihrer allmählichen Ablösung im 19. Jahrhundert in Kraft, nicht wenige davon bis weit in dessen zweite Hälfte hinein.

¹ Clara Etzensperger, Die Rechtsstellung des ausserehelichen Kindes nach den schaffhauserischen Rechtsquellen, Diss. Zürich 1931, S. 7-17. Huber, Privatrecht IV, 152/153.
Eine grössere Darstellung der schaffhauserischen Rechtsgeschichte fehlt.

Die Schaffung eines Zivilgesetzbuches war im Kanton Schaffhausen eine langwierige Angelegenheit. Volk und Regierung zeichneten sich in rechtlichen Angelegenheiten durch eine überaus konservative Haltung aus, die allzu grossen Neuerungen gegenüber sehr zurückhaltend war. Man beharrte mit einer punktuellen Gesetzgebung, Revisionen und Einzelerlassen. Nicht einmal die Regeneration gelangte zu einer Lösung der Probleme um die notwendige Revision des gesamten Zivilrechts. Ein Antrag des Obergerichts, Bluntschli mit der Ausarbeitung eines Zivilgesetzbuches zu betrauen, wurde abgelehnt, da er den schaffhauserischen Rechtszuständen zu wenig nahe stehe.

Das schaffhauserische PGB, das am 28. März 1865 in Kraft gesetzt wurde, war weitgehend eine wörtliche Uebernahme des zürcherischen PGB von Bluntschli. Die Abänderungen, vor allem im OR, waren minim; auch in den übrigen Teilen hielten sich die Anpassungen an das altschaffhauserische Recht in engen Grenzen, vor allem deswegen, weil das altschaffhauserische Recht in den meisten Belangen zuwenig hergab.

II. Die Regelung der Stellvertretung vor 1798

A. Die Prozessvertretung²

Im altschaffhauserischen Gerichtsverfahren erhielten die Parteien aus der Mitte des Gerichts oder des Rates einen Fürsprecher, der, ohne seine Stellung als Richter zu verlieren oder gar die Stellvertretung einer vor Gericht auftretenden Partei übernehmen zu können, dieser in ihrer Sache das Wort führte³. Persönliches Erscheinen war generell

2 Hans Jakob Schudel, Fürsprecher und Anwälte im schaffhauserischen Recht, Diss. Zürich 1940.

3 Schudel, a.a.O. 7 ff.

Die Rechtsquellen des Kantons Schaffhausen, 1. Teil, 2. Band: Das Stadtbuch von 1385, bearbeitet von Karl Schib, Aarau 1967, 19-23 (Satzungen 30-33).

Pflicht; für die Stellvertretung blieb ein kleiner Raum: Es konnten sich nur Personen vertreten lassen, denen es aus zwingenden Gründen (Geschlecht, Alter, geistlicher Stand, Landesabwesenheit) unmöglich war, vor die Schranken zu treten⁴. Selbstverständlich mussten sich auch etwaige Stellvertreter verfürsprechen. Unter diesen Bedingungen konnte sich kein Anwaltsstand entwickeln⁵. Neben den Fürsprechern durften die Parteien aber, wie überall beim deutschrechtlichen Prozess, mit Beiständern vor Gericht erscheinen.

Die Fürsprecher und die Beiständer erhielten sich bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts. Das strikte Verbot, sich vor Gericht vertreten zu lassen, wurde gegen das Ende des 18. Jahrhunderts aufgelockert, indem hin und wieder auswärtigen Prozessparteien, dann auch den Bürgern, in Ausnahmefällen das persönliche Erscheinen erlassen und die Vertretung durch einen Anwalt gestattet wurde.

Die Rolle der Anwälte (sofern es solche überhaupt gegeben hat) blieb während des ganzen 18. Jahrhunderts überaus bescheiden. Nebst den vorerwähnten Ausnahmen waren sie nämlich nur in nichtstreitigen, unbedeutenden Rechtsangelegenheiten zugelassen:

"Bey liquiden Schuld-Sachen ist zwar der klagenden Parthey erlaubt, sich auf ihre eigenen Kosten eines Anwaldes bedienen zu dürfen, ...

Wie denn die gewöhnlichen Anwälde bey erwartender Straf keine streitigen Partheyen annehmen, sondern diese selbst, oder wo solches nicht geschehen könnte, durch ihre nächste Bluts-Freund, Verwandte und Erben im Rechten Bescheid geben sollen"⁶.

Vor dem schaffhauserischen Ehegericht war, im Gegensatz zum zürcherischen, dem es im übrigen nachgebildet war, das persönliche Erscheinen zwingend vorgeschrieben. Es gab weder eine Verfürsprechung noch die Möglichkeit, durch Anwälte oder Beiständer das Gericht zu beeinflussen⁷.

4 Schudel, a. a. O. 12-17.

5 Schudel, a. a. O. 17.

6 Stadtgerichtsordnung 1766, Cap. IX, Art. IV.

7 Schudel, a. a. O. 44 ff.

In Schaffhausen wurde die gerichtliche Stellvertretung also ausserordentlich restriktiv gehandhabt; sie war nur in besonders begründeten Fällen möglich. Dagegen haben sich zwei Elemente des deutschrechtlichen Prozesses, die Fürsprecher und die Beiständer, sehr lange halten können.

B. Die gesetzliche Vertretung

Sowohl die Stadtgerichtsordnung von 1766 als auch die Ehegerichtsordnung enthalten praktisch keine Bestimmungen über die Regelung der gesetzlichen Vertretung.

Die unverheiratete Frau war in ihrer Handlungsfähigkeit offenbar eingeschränkt, sonst hätte nicht die Stadtgerichtsordnung unter dem Titel 'Weibs-Personen, worüber sie können contrahiren' verschiedene Verträge aufgezählt, die nicht bevogtete ledige Frauen eingehen konnten⁸.

In den Rahmen der gesetzlichen Vertretung fällt auch noch der Artikel 'Den Kindern und Weisen soll weder Essen noch Trincken auf Borg gegeben werden'. Die Kinder verpflichteten dadurch weder sich selbst noch entstand eine Schuld für ihren gesetzlichen Vertreter⁹.

Im übrigen dürften sich die gesetzlichen Vertretungsverhältnisse nach dem gemeinen Recht beurteilt haben¹⁰.

C. Die gewillkürte Stellvertretung

Die Stadtgerichtsordnung von Schaffhausen enthält keine Bestimmungen über das Mandat und damit die freie Vertretung. Dafür verweist sie auf das gemeine Recht:

8 Stadtgerichtsordnung 1766, Cap. VIII, Art. II.

9 Stadtgerichtsordnung 1766, Cap. VIII, Art. IV.

10 siehe unten Anm. 12

"Sachen, darüber keine Articul vorhanden.

Da endlich von Bestands- und andern Contracten vielerley Streitigkeiten entstehen können, um welche im Process keine Gesez oder eigene Articul zu finden sind, die aber dennoch der Rechtfertigung vor Gericht höchst-nöthig haben; so sollen dergleichen Streitigkeiten nach denen gemeinen Rechten und Billichkeit, und nach der Urtheilsprechern Eydes-Pflichten gütlich oder rechtlich erörtert und entschieden werden" ¹¹.

So muss geschlossen werden, dass eine direkte Stellvertretung im Rahmen des Mandats zulässig war, und zwar nach dem Grundsatz der Subsidiarität des gemeinen Rechts ¹².

III. Die Regelung der Vertretung nach 1798

A. Die Prozessvertretung

Während der Helvetik wurden die Advokaten, wenn auch nicht mit bestem Erfolg, frei zugelassen; die alten Fürsprecher sanken vorübergehend zur Bedeutungslosigkeit herab ¹³.

Die Zulassung der Advokaten führte zu derartigen Missständen, dass schon zu Beginn der Mediation ein Verbot gegen ihr Auftreten vor Gericht erging. Damit war der gerichtlichen Stellvertretung wieder auf lange Zeit ein Riegel geschoben. Gestattet waren Beistände, die aber, zur Verhinderung einer möglichen Umgehung des Advokatenverbotes, Verwandte oder Magistrate sein mussten ¹⁴. Die obligatorische Verfürsprechung wurde beibehalten ¹⁵. Auch die Politiker der Regenerations-

11 Stadtgerichtsordnung 1766, Cap. IX, Art. XI.

12 Dieser Grundsatz galt nicht nur für das OR. Huber, Privatrecht IV, 153 Anm. 84.

13 Schudel, a. a. O. 47 ff.

14 Schudel, a. a. O. 54.

15 Schudel, a. a. O. 56 ff.

zeit sahen sich unter dem Druck der Volksmeinung gezwungen, das Advokaturverbot, somit das Verbot der gerichtlichen Vertretung überhaupt, beizubehalten:

"Die Zulassung von Advokaten bei allen Gerichtsstellen bleibt auch für die Zukunft untersagt" ¹⁶.

1848 erliess der Grosse Rat ein Gesetz 'die Aufhebung des Instituts der Fürsprecher in Zivilstreitigkeiten betreffend' ¹⁷. Damit aber war das Advokaturverbot noch lange nicht gefallen. Die erste, sehr summarische schaffhauserische Prozessordnung, das 'Gesetz über Grundsätze des prozessualischen Verfahrens in Civilstreitigkeiten vom 16. November 1848', hielt am Verbot der gerichtlichen Stellvertretung fest. Der Katalog von Ausnahmen führte vor allem die Vertretung auf Grund familienrechtlicher Beziehungen an ¹⁸. Ebenso wenig zugelassen war die freie Verbeiständung, mit der das Advokatenverbot hätte umgangen werden können ¹⁹. Das Schuldbetreibungsgesetz vom 28. Februar 1850 gestattete generell die Zulassung der Stellvertretung bei der Schuldbetreibung ²⁰. Das Verhältnis zwischen dem Gläubiger und seinem Stellvertreter beruhte auf dem Mandat ²¹. Damit war, ganz im Sinne der Stadgerichtsordnung von 1766, wonach die Stellvertretung bei unbedeutenden, liquiden Schuldsachen möglich war, das Institut der gerichtlichen Stellvertretung, aber nur für Bagatellsachen offiziell anerkannt.

Die Kantonsverfassung hob das Verbot der Zulassung der Advokaten nicht auf. Dafür wurde die Verbeiständung frei gegeben ²².

Die 'Bürgerliche Prozess-Ordnung' aus dem Jahre 1869 endlich liess die gerichtliche Vertretung generell zu:

16 Kantonsverfassung vom 2. Juni 1831, Art. 20.

17 Schudel, a. a. O. 64.

18 Proz. Verfahren § 2.

19 Proz. Verfahren § 3.

20 § 92.

21 §§ 93-96.

22 Schudel, a. a. O. 68; KV vom 5. April 1852, § 18.

"Jeder Handlungsfähige hat die Befugnis, seine Rechte vor Gericht selbst zu wahren oder durch Andere wahren zu lassen" ²³.

Dabei war aber das Advokatenverbot noch nicht aufgehoben. Man behalf sich mit der Auslegung, unter Advokaten verstehe man Leute, denen von der Obrigkeit das ausschliessliche Recht zur Vertretung der Parteien vor Gericht zugestanden worden sei ²⁴. Das Bevollmächtigungsverhältnis erfuhr eine relativ ausführliche Regelung ²⁵; die unmittelbare Drittberechtigung und -verpflichtung wurde ausdrücklich bestätigt:

"Die Handlungen und Unterlassungen des Bevollmächtigten sind für den Vollmachtgeber ebenso verbindlich, als wenn sie von ihm selbst ausgegangen wären" ²⁶.

Erst in der Kantonsverfassung von 1876 wurde das Verbot der Zulassung von berufsmässigen Rechtsanwälten fallen gelassen.

Das schaffhauserische Recht zeichnete sich also in der Frage der Zulassung der berufsmässigen gerichtlichen Vertretung wie kein anderes in der Schweiz durch eine grosse Zurückhaltung aus; es war vor allem in der Periode nach der französischen Besatzung durch ein Misstrauen gegenüber dem Advokatenstand gekennzeichnet.

B. Die gesetzliche Vertretung

Nach dem 'Gesetz über die Waiseneinrichtung der Stadt Schaffhausen' vom 21. Dezember 1815 mussten 'alle minderjährigen Kinder, welche ihre Eltern verloren haben, oder deren Eltern in eine zweite Ehe getreten sind, bevogtet werden' ²⁷. Die Vögte waren zur Verwaltung des Waisenvermö-

²³ § 115.

²⁴ Schudel, a. a. O. 73.

²⁵ §§ 132-140.

²⁶ § 140.

²⁷ § 1.

gens mit der Sorgfalt eines guten Hausvaters verpflichtet. Aus dieser Verwaltungspflicht ergab sich auch die entsprechende Vertretungsmacht der Vögte. Für die Frauen wurde die Geschlechtsbeistandschaft beibehalten:

"Es soll nämlich einer jeden Wittfrau, oder volljährigen elternlosen unverheiratheten Weibsperson ein Verwandter oder Mitzünftiger als bestimmter Beystand unerlässlich beigeordnet werden, ..., und ohne dessen Zustimmung sie keinen wichtigen Handel abschliessen noch Schulden zu kontrahiren oder in Bürgschaft zu treten befugt ist" 28.

Die Waisenordnung vom 6. September 1833 war bedeutend ausführlicher. Sie wurde eingeleitet durch den Satz, dass alle diejenigen Personen, welche für sich zu sorgen nicht im Stande seien, unter der besonderen Aufsicht und Fürsorge des Staates stehen. Unter Vormundschaft gestellt wurden Minderjährige ohne Eltern, Geistes- oder Leibesranke, die ihr Vermögen nicht verwalten konnten, Verschwender, Landesabwesende, nicht unter der Vormundschaft eines Ehemannes stehende volljährige Frauen (falls sie ihr Vermögen selbst besorgen konnten, genügte die Beistandschaft) und Ehefrauen von Konkursiten²⁹. Die Befugnisse des Vogtes waren eingeschränkt durch diejenigen der übergeordneten vormundschaftlichen Behörden. Die Vertretungsbefugnisse des Vogtes lassen sich indirekt aus § 22 der Waisenordnung ermitteln, da es diesem dort untersagt wurde, für den Bevormundeten (d.h. als dessen Stellvertreter) gewisse bedeutsame Rechtsgeschäfte abzuschliessen, z.B. eine Liegenschaft zu veräussern oder eine Schuld einzugehen.

Auf die Regelung der Vertretungsverhältnisse legte man keinen grossen Wert; sie erschienen den damaligen Behörden wohl als allzu selbstverständlich, als dass sie noch vieler Normen bedurft hätten. Dies änderte sich erst mit der Einführung des PGB. Durch die Uebernahme der kla-

28 Anhang zur Waisenordnung der Stadt Schaffhausen, OS Heft 6, 1816, 56 f.

29 Waisenordnung und Verfahrensart bei Theilungen und Beschreibungen vom 6. September 1833, § 1.

ren und umfassenden Regelungen von Bluntschli's Zürcher PGB erhielt auch Schaffhausen eine moderne und abschliessende Regelung der gesetzlichen Vertretung³⁰.

C. Die gewillkürte Stellvertretung

Das schaffhauserische PGB hat die Regelung der Stellvertretung wortwörtlich aus dem zürcherischen PGB übernommen³¹. Auch die beiden häufigsten Grundverhältnisse zur Erteilung einer Vollmacht, das Mandat und der Honorarvertrag, entsprechen sich bis auf eine einzige Ausnahme: Schaffhausen verzichtete auf den § 1569 des zürcherischen PGB, der die Zulässigkeit von Anstellungen auf Lebenszeit beim Honorarvertrag gestattete³².

30 Die Abweichungen des schaffhauserischen PGB vom zürcherischen PGB sind derart minim, dass es sich nicht lohnt, sie speziell anzuführen. Die Unterschiede betreffen in der Regel nur die Paragraphenzahl; in seltenen Fällen ist das Schaffhauser PGB sprachlich verbessert worden oder der Rechtsstoff wurde etwas anders auf die einzelnen Paragraphen verteilt.

31 PGB ZH: §§ 949-954;
PGB SH: §§ 882-887.

32

	Mandat	Honorarvertrag
PGB ZH:	§§ 1156-1188	§§ 1567-1571;
PGB SH:	§§ 1087-1119	§§ 1495-1498.

3. Abschnitt

DIE REGELUNG DER STELLVERTRETUNG IN GRAUBUENDEN

I. Kodifikationsgeschichte¹

Im Gebiet des heutigen Kantons Graubünden, der ehemaligen römischen Provinz Churrätien, lebte römisches Recht bis um die Jahrtausendwende herum lebendig weiter. Vornehmstes Zeugnis dafür ist die Lex Romana Curiensis, die gegen die Mitte des 8. Jahrhunderts entstanden ist und, obwohl es sich nur um eine Privatarbeit handelte, in Rätien praktisch angewendet wurde. Ihr privatrechtlicher Teil enthält überwiegend Normen aus dem römischen Vulgarrecht; äusserlich stellt sie einen Auszug aus der Lex Romana Visigothorum dar.

Die bemerkenswerte Ausbildung von Partikularrechten in ganz Graubünden wurde durch die politischen Verhältnisse im Spätmittelalter stark begünstigt. Die einzelnen Landesherren lagen beständig miteinander in Fehde. Dies hatte ein Erstarken der einzelnen Gerichtsgemeinden zur Folge, die bald einmal mit Landesherren und anderen Gerichtsgemeinden Bündnisse eingingen. Die drei bedeutendsten Bünde, die in jener Zeit entstanden, waren der Gotteshausbund, der Obere (Graue) Bund und der Zehngerichtebund. Diese drei Bünde schlossen sich nach und nach zusammen; den Endpunkt dieser Entwicklung bildete der 'Bund gemeiner drei Bünde in Hohrätien'.

1 Elisabeth Meyer-Marthaler, Römisches Recht in Rätien im frühen und hohen Mittelalter, Zürich 1968.

Paul Muthner, Beiträge zur Rechtsgeschichte Graubündens, in: ZSR N. F. Bd. 27, 48 ff.

R. Wagner, Rechtsquellen des Cantons Graubünden,

- Die Rechtsentwicklung Graubündens überhaupt und die des Grauen Bundes insbesondere, in: ZSR N. F. Bd. 3, 221-264.

- Die Rechtsquellen des Zehngerichtebundes, in: ZSR N. F. Bd. 4, 63-92.

Huber, Privatrecht IV, 104-106, 166/167.

Elsener, Schweizer Rechtsschulen, 419-433.

Rechtsquellen für das ganze Bündnerland waren die Landsatzungen gemeiner drei Bünde, die aber zum weitaus überwiegenden Teil öffentliches Recht enthielten. Die Rechtsquellen der einzelnen drei Bünde, die, wie auch die Landsatzungen, zu grossen Teilen bis über die Mitte des letzten Jahrhunderts hinaus in Kraft standen, waren sehr verschiedenartig.

1. Der Graue Bund

Die Bundesgesetzgebung des Grauen Bundes, die 'Statuta und Articul des löblichen oberen Grauen Pundts' (älteste Statutenredaktion 1528, neueste 1713), war derart ausführlich, dass für die Dorfrechte der einzelnen Gemeinden kein grosser Raum mehr blieb².

2. Der Gotteshausbund

Der Gotteshausbund gelangte nie zu einer umfassenden Bundesgesetzgebung. Die Gesetzgebung verblieb den insgesamt elf Hochgerichten, die zwanzig verschiedene Gerichtsgemeinden umfassten³.

3. Der Zehngerichtebund

Die Rechtsentwicklung im Zehngerichtebund war bestimmt durch die dominierende Stellung von Davos, dessen Landbuch (erhalten in der Redaktion von 1646) auf die Rechte der übrigen Gerichte sehr stark eingewirkt hat. Im Prättigau verfügten neben Davos noch Klosters, Schiers und Castels über Landbücher; ebenso Churwalden, Schanfigg, Langwies und Belfort. In all diesen Landbüchern ist der Einfluss von Davos, mehr oder weniger bedeutsam, nachzuweisen⁴.

2 Wagner, Rechtsquellen des Kantons Graubünden, in: ZSR N. F. Bd. 3, 230 ff.

3 L. R. von Salis, Rechtsquellen des Kantons Graubünden, in: ZSR N. F. Bd. 5, 375 ff.

4 Wagner, Rechtsquellen des Kantons Graubünden, in: ZSR N. F. Bd. 4, 63 ff.

Schon früh im 19. Jahrhundert wurde das Ungenügen der Partikulargesetzgebung erkannt⁵. Erste Anläufe zur Redaktion eines bündnerischen CGB verliefen im Sande, so 1812, 1814 und 1835. Erst im Jahre 1855 beschloss der Grosse Rat, ein vollständiges Gesetzbuch über das Privatrecht durch einen Gesetzesredaktor ausarbeiten zu lassen. Mit dieser Aufgabe betraute man 1856 P. C. von Planta. Er wurde dabei angewiesen, seiner Arbeit das zürcherische PGB von Bluntschli zu Grunde zu legen. Nach der Fertigstellung des Entwurfs, 1859, wurde dieser den Gemeinden und den interessierten Kreisen zur Vernehmlassung unterbreitet, anschliessend von einer Kommission eingehend beraten und z. T. abgeändert und schlussendlich 1861 vom Grossen Rat und 1862 vom Bündnervolk gutgeheissen.

Von Planta hielt sich nicht an den Auftrag der Regierung, sich bei seiner Arbeit an das zürcherische PGB zu halten. Vielmehr fand er 'es sowohl mit seiner persönlichen Ehre als mit derjenigen des Kantons unvereinbar, nur einen Abklatsch eines anderen Gesetzbuches zu geben'. Die Grundsätze, von denen er sich bei seiner Arbeit leiten liess, waren Kürze, Uebersichtlichkeit, Klarheit und Gemeinverständlichkeit. Der bündnerische Laienrichter, jeder bündnerische Rechtssuchende überhaupt, sollte sich ohne Vermittlung von Advokaten über das Recht orientieren können. Dem zürcherischen PGB warf von Planta überdies doktrinaire Fassung, zu reichliche Kasuistik sowie Mangel an gehöriger und einleuchtender Uebersichtlichkeit vor.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass das, was das bündnerische CGB dem zürcherischen an Volksnähe voraus hat, von diesem durch einen beispielhaften Aufbau und eine klare Formulierung mehr als wettgemacht wird.

5 Zum Folgenden siehe P. C. Planta, Bündnerisches Civilgesetzbuch, mit Erläuterungen des Gesetzesredaktors P. C. P., Chur 1863, Vorwort III ff.

II. Die Regelung der Vertretung im bündnerischen Recht vor der Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts

A. Die Prozessvertretung

Die Institutionen des römischrechtlichen *cognitor* und des *procurator* wurden nach dem Uebergang der politischen Macht von den Römern an die Westgoten auch im Gebiet des heutigen Kantons Graubünden nicht vergessen. Sie tauchten sowohl in der *Lex Romana Visigothorum* als auch später in der *Lex Romana Curiensis* wieder auf:

"*Procurator est, cui causam per mandatum cummitur, Cognitor est, cui sine mandato causa sua ad agendum presente iudicem ille, qui causam habet et alterum hominem commendat ...*"⁶

Ohne uns weiter dabei aufzuhalten, können wir feststellen, dass die gerichtliche Vertretung in der Ausgestaltung, die sie im weströmischen Vulgarrecht erfahren hat, im Bündnerland einmal existiert hat.

Das auf einer viel tieferen Stufe der Rechtsentwicklung stehende Statutarrecht der einzelnen Gerichtsgemeinden und Bünde mass der Frage der gerichtlichen Vertretung offenbar keine überragende Bedeutung bei. Als gesetzliche Vertreter traten in jedem Fall der Ehemann für die Ehefrau, der Vater für die Kinder und der Vogt für die Bevormundeten auf⁷. Selbsthandeln der Prozessparteien, bei Bedarf unter Beizug eines oder mehrerer Beiständer, scheint die Regel gewesen zu sein⁸.

Ich habe nur im Stadtrodel von Maienfeld von 1505 eine Stelle gefunden, die auf die Zulässigkeit der direkten Stellvertretung im Prozess hinweist:

6 Elisabeth Meyer-Marthaler, Die Rechtsquellen des Kantons Graubünden, *Lex Romana Curiensis*, Aarau 1959, 75.

7 Constantin Maron, Das Zivilgericht nach den bündnerischen Statutarrechten, Diss. Zürich 1942, 44.

8 Maron führt keine einzige Stelle aus deutschsprachigen Statuten an, die die Zulässigkeit der direkten Stellvertretung belegt.

" 43) Denen fürpotten wirt sond am ersten tag antwurten ... durch sich selbst oder durch sinen volmächtigen gewaltzpotten ... "9

Dagegen besagte die Gerichtsordnung von Thusis aus dem Jahre 1549 ausdrücklich:

" 8) Zum achten welcher poten wird zum rächten andwurt ze gän won er mag sälbs komen so sol er niemen schicken tag ze nämen und sol niemen an seiner stat tag nämen ... "10

So lässt sich über die Zulässigkeit der Stellvertretung im Prozess aus den bündnerischen Statutarrechten keine feste Regel aufstellen.

Bestimmungen über Beiständer hingegen finden sich in der Mehrzahl der Statuten. Die Einrichtung der Fürsprecher, die in anderen deutschrechtlichen Gebieten so zentral war, dass sie sich bis weit in das letzte Jahrhundert hinein halten konnte, hat allem Anschein nach in den Gerichten der drei Bünde keine derart bedeutende Rolle gespielt¹¹, war aber dennoch in vielen Gerichten lange üblich¹².

B. Die gesetzliche Vertretung

Die römischrechtliche manus, die dem Ehemann und Vater über seine Familie eine fast absolute Gewalt gab, hatte sich in der LRC bereits stark zurückgebildet¹³, ja sogar der germanischen Munt angenähert¹⁴. Immerhin behielt der Vater die Vertretungsmacht für seine nicht emanzipierten Kinder inbezug auf die Prozessführung und die Vermögensverwaltung¹⁵. Das Vermögen des Sohnes aus seinem Berufserwerb dagegen

9 ZSR N. F. Bd. 5, 154.

10 ZSR N. F. Bd. 3, 362.

11 Maron, a. a. O. 46/47.

12 Die ausführlichste und klarste Regelung bestand in Davos, siehe ZSR N. F. Bd. 4, 166 ff.

13 Meyer-Marthaler, Römisches Recht in Rätien, 131.

14 a. a. O., 290.

15 a. a. O., 133.

war der väterlichen Einwirkung entzogen. Umgekehrt war aber auch dem Haussohn eine Vertretungsmacht zur Eingehung von Schulden im Interesse seines Vaters eingeräumt¹⁶. Zwischen der privatrechtlichen Stellung von Söhnen und Töchtern bestand kein wesentlicher Unterschied mehr¹⁷. Die Vormundschaft (tutela; der Unterschied zwischen tutela und cura war dahingefallen), die beim Tode des Vaters über Unmündige errichtet werden musste, ging in erster Linie an die Mutter, die ja, falls sie mehr als fünfundzwanzig Jahre zählte, persona sui iuris war. Sie musste sich aber eidlich zur Witwenschaft verpflichten. In zweiter Linie kamen die nächsten gesetzlichen Erben zum Zuge. Fehlten solche, so wurde vom Staat ein geeigneter Mann mit dieser Aufgabe betraut. Wesentlichste Pflicht des Vormundes war, neben der Verwaltung des Mündelvermögens und der Ueberwachung der Erziehung des Mündels, die Vertretung des Schutzbefohlenen vor Gericht.

Die LRC kannte das Institut der Geschlechtsvormundschaft nicht, im Gegensatz zu den germanischen Rechten. Die volljährige, unverheiratete Frau war sui iuris, dem Manne also gleichgestellt. Prozesse aber durfte sie nur in eigener Sache selbst führen (oder als Vormund ihrer Kinder), anderweitige Prokurenaturen zu übernehmen war ihr nicht gestattet¹⁸.

Weder in den deutschen noch in den romanischen Statutarrechten finden wir eine umfassende Regelung der gesetzlichen Vertretungsverhältnisse. Die elterliche (hier immer: väterliche) Gewalt taucht nur im Zusammenhang mit der Vormundschaft auf, vor allem bei deren Wirkungen. Von einer eigentlichen Vormundschaft des Ehemannes über die Ehefrau ist nirgends die Rede; Einschränkungen der ehedraulichen Handlungsfähigkeit ergaben sich demgemäss nur aus dem Güterstande. Für die Bevormundung galt allgemein der Grundsatz:

16 Meyer-Marthaler, Römisches Recht in Rätien, 133.

17 a. a. O. 147.

18 a. a. O., 147/148.

"Alle und jede, junge und alte, dessen bedürftige personen sollen von der obrigkeit, es werde denen angehalten oder nicht, ordentlich und ohne versaumnus mit fromen und darzu tauglichen leuten bevogtet werden, solchermassen ..."¹⁹

In den einzelnen Rechtsbüchern waren die Bevormundungsgründe mehr oder weniger vollständig aufgeführt. Fiel der Vater als Inhaber der elterlichen Gewalt aus, so übernahm entweder die Mutter die Sorge um Erziehung und Vermögen der Kinder²⁰, oder aber es wurde ein Vogt (nach manchen Ortsrechten deren zwei) bestimmt.

Kein einziges der untersuchten Statutarrechte spricht expressis verbis von einem Handeln des Vogtes für das Mündel, doch war in der Sorge um das Vermögen und in der persönlichen Fürsorge die entsprechende Vertretungsmacht sicherlich eingeschlossen. Ähnlich wie die Landbücher von Castels enthielten die meisten der übrigen Statutarrechte sinngemäss folgenden Passus:

"Und sollend dann solche vögt über die personen und guter schalten und walten, mit gebühr, zu nutz und vorteil derselben an leib sel und gut ..."²¹

Mehrere Rechte erwähnen auch, dass das Handeln des Bevogteten ohne Genehmigung des Vogtes nichtig sei; ja es wurden Vertragsschlüsse mit Handlungsunfähigen, seien es nun erwachsene oder minderjährige Schutzbefohlene oder Haussöhne und -töchter, mit Bussen bestraft:

"3.2 Ordnung der bevogteten leuten und kinder.

Es soll niemand weder wirth, handelsleuth noch andere personen, was stands dieselbigen immer wären, denen knaben oder töchtern, so bei ihrem vater oder muter wohnen, auch unter dero gewalt stehen und für sich selbst öffentlich nichts handeln noch ihr vermögen ... selbst verwalten, desgleichen auch denen bevogteten leuten, nicht weniger denen eheweibern, ... ohne vorwissen und

19 Die Landbücher von Castels (Jenatz-Luzein) und Schiers-Seewis von 1654, in: ZSR N. F. Bd. 4, 120.

20 so nach dem Gesetzbuch für das Gericht Ausserbelfort von 1697, Art. 21, in: ZSR N. F. Bd. 5, 104 und nach den Statuta civilia et ordines des Gotteshausbundes, Cap. 80, in: ZSR N. F. Bd. 10, 211.

21 wie Anm. 19.

willen ihres vaters, ehemanns oder vogts geld oder geldwerth, keinerlei sachen ausgenommen, fürsetzen, lehen noch vertraun..."²²

Das Mündigkeitsalter schwankte, je nach Gericht, zwischen vierzehn (z.B. Klosters, Safien) und fünfundzwanzig Jahren (in Teilen des Gotteshausbundes).

Da die Regelung der gesetzlichen Vertretung in den verschiedenen Ortsrechten sehr wenig ausgebildet ist, müssten für eine abgerundete Darstellung die meist nicht edierten Urkunden beigezogen werden.

C. Die gewillkürte Stellvertretung

Die LRC anerkannte den procurator nicht nur, wie den cognitor, für die Prozessvertretung, sondern auch für die Vermögensverwaltung im allgemeinen und damit die aussergerichtliche Vertretung²³.

In der Zeit der Statutarrechte finden wir davon in den deutschsprachigen Gesetzbüchern nichts mehr enthalten, doch dürfen wir die Zulässigkeit der aussergerichtlichen Stellvertretung sicher als gegeben annehmen.

III. Die Regelung der Stellvertretung in den Gesetzbüchern des 19. Jahrhunderts

A. Die Prozessvertretung

Nach dem Gesetz über das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 1. März 1855 war es den Parteien freigestellt, ihre Prozesse selbst oder durch Stellvertreter zu führen:

22 Die Stadtsatzung von Chur, 3.2, in ZSR N. F. Bd. 6, 66/67.

23 Meyer-Marthaler, Lex Romana Curiensis, 72-75.

"II. Stellvertretung. Von Handlungsfähigen.

Art. 38 Jeder rechtlich Handlungsfähige hat die Befugniss, seine Rechtsstreitigkeiten vor Gericht entweder selbst zu führen oder sich hiebei durch andere handlungsfähige Personen vertreten zu lassen."

Als Stellvertreter konnte also jede handlungsfähige Person auftreten; eine Beschränkung auf patentierte Anwälte, die bei der überaus dezentralisierten Bündner Rechtspflege weder sinnvoll noch überhaupt möglich gewesen wäre, gab es nicht. Geregelt war auch die Stellvertretung der Handlungsunfähigen durch ihre gesetzlichen Vertreter²⁴. Der Anwalt wird nur als Wortführer einer (anwesenden) Partei erwähnt²⁵. Die Revision vom 1. Juli 1871 brachte keine Aenderungen. Interessant ist, dass im Verlaufe der Auseinandersetzung um die Revision der Zivilprozessordnung der Vorschlag gemacht wurde, die Frage nach der Vertretung in der Zivilprozessordnung nur kurz zu berühren, da sie ja ins Zivilgesetzbuch gehöre²⁶.

B. Die gesetzliche Vertretung

Dem Ehemann und Vater wies der bündnerische Gesetzgeber eine überaus zentrale Stellung zu. Er übte sowohl über seine Frau²⁷ als auch über seine Kinder die Vormundschaft aus. Diese Vormundschaft erstreckte sich auf die Vertretung von Frau und Kind in allen Rechtssachen²⁸.

24 a. a. O., Art. 39.

25 a. a. O., Art. 40.

26 Hilty C., Ueber den Civilprozess für Graubünden, Chur 1869, 30/31. Sein Vorschlag lautete: 'Jedermann hat überdies das Recht, sich mittelst schriftlich ertheilter Vollmacht durch einen Andern vertreten zu lassen.'

27 CGB § 38 II.

28 CGB § 38 II (Ehefrau) "... vertritt sie als solcher (Vormund, Anm.) in ihren rechtlichen Angelegenheiten gegen Dritte ..."

CGB § 61 II (Kinder): "... und vertritt sie als solcher in allen ihren privatrechtlichen Angelegenheiten."

Der Unterschied in der Formulierung erscheint bedeutungslos; die Vertretungsmacht beschränkte sich weder bei der Ehefrau noch bei

An sich war die Ehefrau nicht handlungsunfähig, denn über ihr Sondergut konnte sie in jedem Fall frei verfügen²⁹. Im Rahmen der Schlüsselgewalt vermochte die Ehefrau auch ihren Mann zu verpflichten; ebenso, wenn sie mit seiner Einwilligung selbständig einen Beruf oder Erwerbszweig betrieb³⁰.

Kinder, die sich ihren Lebensunterhalt ausserhalb des elterlichen Haushalts erwarben, konnten über das solcherart erworbene Sondergut frei verfügen, waren also nur noch beschränkt handlungsunfähig³¹. Der Rechtserwerb durch Kinder war zulässig³²; eine Verpflichtung der Eltern durch dieselben aber nur mit ihrer ausdrücklichen oder stillschweigenden Zustimmung³³. Die väterliche Gewalt endete mit dem Eintritt der Mündigkeit und der Volljährigkeit³⁴.

Eine generelle Geschlechtsvormundschaft sah das bündnerische CGB nicht vor, dagegen eine Geschlechtsbeistandschaft:

"Wer unter Beistandschaft zu stellen ist.

Beistände (Kuratoren) sind ordentlicher Weise zu geben:

1. ...

2. Den nicht unter ehelicher Vormundschaft stehenden oder bevogteten volljährigen Weibspersonen, welche Vermögen besitzen (Ge-

den Kindern auf die privatrechtlichen Angelegenheiten allein. Sie war aber nicht etwa so umfassend, dass z. B. Delikte der Ehefrau nur über die Person ihres Mannes hätten verfolgt werden können.

29 CGB § 39. Sondergut konnte durch Ehevertrag beliebig geschaffen werden. Siehe Planta, Erl. 2 zu § 39.

30 Betrieb sie aber ein Geschäft zusammen mit ihrem Mann, so galt sie nur als dessen Gehilfin, verpflichtete ihren Mann also nur nach Massgabe von CGB § 389 über die vermuthete Vollmacht.

31 CGB § 64 II.

32 CGB § 66 I.

33 CGB § 66 II.

34 CGB § 16; Die Mündigkeit trat mit dem erfüllten 17., die Volljährigkeit mit dem erfüllten 19. Altersjahr ein. Ein Grund für die Unterscheidung dieser zwei Alterssschranken ist nicht ersichtlich, vor allem dann nicht, wenn man sich vor Augen hält, dass von Planta das Institut der Emanzipation nicht übernahm und wenn man, wie heute die Volljährigkeit als Voraussetzung der Mündigkeit betrachtet.

schlechtsbeistandschaft), insofern sie nicht zur selbständigen Verwaltung ihres Vermögens befähigt erscheinen.

In seinen Erläuterungen führt von Planta aus³⁵, dass die Geschlechtsbeistandschaft, obwohl vermutlich allgemein geübt, nur in wenigen Statutarrechten enthalten war (siehe II. B) und erst 1848 allgemein eingeführt worden war, aber schon damals mit den entsprechenden Ausnahmen.

Eine eigentliche Vormundschaft sah das CGB vor für

1. Unmündige, und zwar

- a) solche, die Vermögen besitzen, wenn sie nicht unter väterlicher Vormundschaft stehen, und
- b) solche, die kein Vermögen besitzen, wenn sie nicht wenigstens unter mütterlicher Pflegschaft stehen.

2. Personen, die wegen körperlicher oder geistiger Gebrechen zur Selbstberathung und Vermögensverwaltung unfähig sind.

3. Personen, die derart ihr Vermögen verschwenden oder sonst übel haushalten, dass für sie die Gefahr künftiger Dürftigkeit besteht³⁶.

Dem Vogt oblag die Vertretung seines Mündels in allen privatrechtlichen Angelegenheiten und die Verwaltung des Mündelvermögens als guter Hausvater³⁷. Daneben bedurften, wie in allen anderen Kodifikationen auch, wichtigere Geschäfte der Genehmigung der vormundschaftlichen Behörde³⁸. Inbezug auf die Möglichkeit des rechtsgültigen Handelns vor Erreichen des Mündigkeits- oder Volljährigkeitsalters waren die bevogteten Unmündigen den unter väterlicher Gewalt stehenden Kindern gleichgestellt, nach dem Gesetz nur für den Rechtserwerb³⁹, per analogiam wohl auch für das erworbene Sondergut.

35 S. 70.

36 CGB § 100.

37 CGB § 102.

38 CGB § 103.

39 CGB § 104.

C. Die gewillkürte Stellvertretung

Von Plantas Abneigung gegen die seiner Ansicht nach zu doktrinäre Fassung des zürcherischen PGB kam auch in der Behandlung der Regelung der Stellvertretung zum Ausdruck.

Das Zürcher PGB hatte, als erste Privatrechtskodifikation, den grossen Schritt getan, die Stellvertretung an den ihr von der neuen Lehre eingeräumten Platz, den Allgemeinen Teil des Obligationenrechts, zu setzen. Schaffhausen sollte folgen, Graubünden tat es nicht. Von Planta verbann- te diese (für einen Bündner Laienrichter und Landwirt des 19. Jahrhun- derts doch allzu abstrakte) Konstruktion aus seinem Gesetzbuch. Er suchte eine Lösung im Rahmen der bisherigen Kodifikationen und re- gelte die Stellvertretung im Zusammenhang mit dem als "Bevollmäch- tigungsvertrag" bezeichneten Mandat.

Alle andern Kodifikationen, denen wir bislang begegnet sind, verquick- ten den eigentlichen Auftrag derart mit der Bevollmächtigung, dass die beiden Begriffe z. T. sogar als Synonyme verwendet wurden. Planta ver- mied diesen Fehler, trennte aber die beiden Materien doch nicht sauber voneinander ab. Dies wird klar ersichtlich, wenn wir den Gesetzestext im Hinblick auf die für die Stellvertretung wesentlichen Fragen unter- suchen.

Gesetzestext	Bemerkungen zu den Fragen der Stellvertretung
Bevollmächtigungsvertrag (Mandat) § 384 <u>Allgemeine Bestimmungen</u> "Der Bevollmächtigungsvertrag wird dadurch abgeschlossen, dass einer (der Beauftragte, Mandatar) von einem Andern (dem Auftraggeber, Mandanten) den Auftrag (das Mandat) übernimmt, ein Geschäft in des Auftraggebers oder eines Dritten Interesse zu besorgen."	Damit ist nicht notwendigerweise eine Stellvertretung (schon gar nicht eine direkte) verbunden.
§ 385 <u>Pflichten des Beauftragten</u> Abs. 1 "Der Beauftragte hat bei Besorgung des ihm aufgetragenen Geschäftes möglichst das Interesse des Auftraggebers zu wahren. Er darf, so weit es nicht das Interesse des Auftraggebers dringend erheischt, weder seinem Auftrag entgegen handeln, noch die Grenzen seiner Vollmacht überschreiten. So weit er jenes oder dieses unberechtigter Weise thut, ist er als Geschäftsbesorger ohne Auftrag (§ 390) zu behandeln." Abs. 2 Eine Substitution auf Gefahr des Mandatars ist möglich.	Der Begriff "Vollmacht" deutet auf die Anerkennung der direkten Stellvertretung hin.
Abs. 3 "Der Beauftragte hat dem Auftraggeber über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen und ihm Alles, was er in Folge derselben erhielt oder erwarb, mit Vorbehalt des gesetzlichen Pfandrechts (§ 307) oder Kompensationsrechts, unhinterstellig abzuliefern, beziehungsweise abzutreten."	Hier handelt es sich nicht notwendigerweise um eine direkte Stellvertretung; die Formulierung 'alles abzuliefern' könnte sich zwar noch auf Sachen beziehen, die der Mandatar dem Mandanten zu Eigentum erworben hat (durch unmittelbare Drittberechtigung bei der direkten Stellvertretung), nicht aber die Wörter 'alles abzutreten'. Falls

Gesetzestext	Bemerkungen zu den Fragen der Stellvertretung
	der Mandatar Forderungen, die er im Verlaufe der Ausübung seines Mandats erworben hat, zedieren muss, hat er in eigenem Namen gehandelt, also als indirekter Stellvertreter. CGB § 385 III gibt auch nicht, wie später Art. 39 aOR, ein Subrogationsrecht in dem Falle, dass der Mandatar seinen Verpflichtungen nicht vollständig nachgekommen ist.
§ 386 <u>Pflichten des Auftraggebers</u> "Der Auftraggeber ist schuldig, das von dem Beauftragten oder dessen Vertreter, wenn dieser vertragsmässig bestellt wurde, innert den Grenzen der Vollmacht für ihn besorgte Geschäft anzuerkennen, in die Verpflichtungen einzutreten, die der Beauftragte demzufolge übernommen, und ihm die zur Geschäftsbesorgung nöthig gewordenen Auslagen und verurtheilte Kosten, sowie die Zinsen für erheblichere Vorschüsse zu ersetzen, und zwar auch dann, wenn der Beauftragte den Vertrag berechtigter Weise kündete (§ 390) oder die Uebernahme des Auftrags, ohne grobe Fahrlässigkeit des Beauftragten, nicht den beabsichtigten Erfolg hatte."	Hier spricht von Planta wieder davon, der Auftraggeber müsse das Geschäft anerkennen, er müsse in die vom Mandanten eingegangenen Verpflichtungen eintreten, was auf eine indirekte Stellvertretung hinweist. Wesentlich bei der direkten Stellvertretung ist ja gerade die Möglichkeit der unmittelbaren Drittberechtigung bzw. -verpflichtung.
§ 388 <u>Verhältnis zu Dritten</u> Abs. 1 "Durch ein Rechtsgeschäft, das der Beauftragte innert den Grenzen seiner Vollmacht im Namen des Auftraggebers mit Dritten eingeht,	Mit dieser Vorschrift anerkennt von Planta die direkte Stellvertretung vollumfänglich, indem durch das Handeln des Mandatars im Namen des Man-

wird nur der Auftraggeber berechtigt und verpflichtet, und zwar eben so als ob er das Geschäft selbst eingegangen wäre."

§ 389 Vermuthete Vollmacht

"Ein Geschäftsherr (Prinzipal) wird gegen-
über Dritten durch Verträge verpflichtet,
die sein Geschäftsführer oder Beauftragter
innert der mit seiner Stellung verbundenen
oder vermöge der ihm anvertrauten Geschäfts-
besorgung gemeinhin vorauszusetzenden Voll-
macht für den Geschäftsherrn abschliesst, es
wäre denn, dass der Dritte von der hiezu
mangelnden Vollmacht Kenntnis gehabt hätte."

danten und im Rahmen seiner Vollmacht dieser
allein berechtigt und verpflichtet wird.

Dem in einem Geschäft tätigen Angestellten wird
die normalerweise mit der betreffenden Stellung
verbundene Vertretungsmacht eingeräumt. Intern
gesteht von Planta dem Geschäftsherrn zu, die
Vertretungsbefugnis seines Angestellten zu be-
schneiden (wohl durch den zu Grunde liegenden
Lohnarbeitsvertrag), wobei aber aus dem Ge-
setzestext nicht klar wird, ob von Planta die
Unterscheidung zwischen Vertretungsmacht und
Vertretungsbefugnis überhaupt vorgenommen hat.

Schliesslich regelt § 390 das Erlöschen des Bevollmächtigungsvertrages, der hier vom Gesetz in der Ueberschrift als Auftrag bezeichnet wird. Die Erlöschensgründe für den Auftrag sind im bündnerischen Recht dieselben wie in den anderen zeitgenössischen Kodifikationen; als Besonderheit sei angeführt, dass die Aufkündigung durch den Beauftragten innerhalb der ausdrücklich oder stillschweigend ausbedungenen Zeit nur aus erheblichen Gründen zulässig war.

Von Planta differenzierte nicht zwischen der direkten und der indirekten Stellvertretung, sondern vermischte diese beiden Vertretungsmöglichkeiten in einer wenig glücklichen Weise. Seine Regelung der Stellvertretung stellt gegenüber dem Zürcher PGB, dogmatisch gesehen, einen Rückschritt dar, indem Stellvertretung und Auftrag wieder so eng miteinander verbunden, ja unlösbar ineinander verschachtelt wurden wie eh und je, und das mehr als zwanzig Jahre nach Savignys 'System des Römischen Rechts', mehr als ein Dezennium nach Bluntschlis Zürcher PGB.

4. Abschnitt

ZUSAMMENFASSUNG

Eine Zusammenfassung für die Zürcher Gruppe erübrigt sich eigentlich. Die altrechtlichen Regelungen waren, ihrem Ursprung entsprechend, in Zürich und Schaffhausen ähnlich. Im Verlaufe des ausgehenden Mittelalters und der Neuzeit schlugen beide Städte eine getrennte Entwicklung ein.

Inbezug auf die Regelung der gewillkürten Stellvertretung im 19. Jahrhundert hat nur der Zürcher Bluntschli mit seinem PGB Wesentliches geleistet, indem er die Stellvertretung aus dem Mandatsrecht herausnahm und als selbständiges Rechtsinstitut gestaltete. Schaffhausen ist ihm darin gefolgt, Graubünden nicht.

Die Zulässigkeit der Prozessvertretung war im 19. Jahrhundert sowohl in Zürich als auch in Graubünden unbestritten; in Schaffhausen war die Advokatenfrage und damit die Frage nach der Zulässigkeit der Prozessvertretung (und der Verbeiständung!) während der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts ein brisantes politisches Streitobjekt.

In der Regelung der gesetzlichen Vertretung ist Schaffhausen der Zürcher Regelung voll gefolgt, während Graubünden, gestützt auf das einheimische Recht, eine eigenständige Lösung konzipierte.

5. Kapitel

DIE REGELUNG DER STELLVERTRETUNG IM aOR

I. Zur Entstehung des aOR¹

Der Entstehung des aOR ging ein langes Ringen zunächst um die Zuständigkeit des Bundes, hernach um den Umfang der entsprechenden Bundeskompetenz voraus. Während der Restauration und der Regeneration wurde der Gedanke an eine Einheit des schweizerischen Zivilrechts nicht mehr ernsthaft erwogen; die Kantone schufen, wenn überhaupt, eigene Privatrechtskodifikationen. Die Bundesverfassung von 1848 versagte dem Bund jegliche privatrechtliche Gesetzgebungskompetenz.

Die Ausweitung des Handels und die zunehmende Industrialisierung unseres Landes führten dazu, dass die ganze Schweiz als einheitlicher Wirtschaftsraum betrachtet wurde. Neben Forderungen, die das öffentliche Recht betrafen (Münzwesen), wurden auch Forderungen erhoben, die auf eine Vereinheitlichung der wirtschaftlich relevanten Materien des Privatrechts hinzielten. So führten die Bestrebungen um ein einheitliches Wechselrecht zum Entwurf einer allgemeinen schweizerischen Wechselordnung durch Dr. Burckhardt-Fürstenberger, der aber nur in sechs Kantonen (z. T. leicht verändert) in Kraft gesetzt wurde.

In den frühen Sechziger Jahren führten die Versuche, das schweizerische Handelsrecht zu vereinheitlichen, zu Munzingers Entwurf eines schweizerischen Handelsgesetzbuches (1863 erste, 1864, nach Kommissionsbera-

¹ Eugster Richard, Die Entstehung des schweizerischen Obligationenrechts vom Jahre 1883, Diss. Zürich 1926.
Huber/Mutzner, System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts, 2. A., Bd. I, unvollendet, Basel 1932 ff., S. 113 ff., bes. 126 ff.
Sämtliche ältere Literatur ist in diesen beiden Schriften vollständig zitiert.
Schönenberger/Jäggi, Kommentar zum OR (Zürcher Kommentar, Bd. V 1a, 1973), N. 1 ff. der Allgemeinen Einleitung.

tungen, definitive Fassung), der aber aus verschiedenen Gründen nie geltendes Recht wurde.

In der Folge wurde die Frage, ob nur das Handelsrecht, das Obligationenrecht oder gar das gesamte Privatrecht vom Bund kodifiziert werden solle, Gegenstand heftiger wissenschaftlicher Kontroversen und zweier Volksabstimmungen (1872 und 1874). Schon 1869 aber hatte der Bundesrat Professor Munzinger beauftragt, einen 'Entwurf eines schweizerischen Obligationenrechts' zu verfassen, der zwei Jahre später, 1871 vorlag. Munzinger benützte als Grundlage für seine Arbeiten vor allem den Dresdner Entwurf von 1866, den Code civil und das zürcherische PGB. Nach dem Tode Munzingers wurde die weitere Redaktion Prof. Heinrich Fick übertragen, dessen Entwurf, nach Verarbeitung der Kommissionsvorschläge, 1875 erschien².

Dieser (zweite) Entwurf wurde von einer grossen Kommission unter dem Vorsitz von Bundesrat Anderwert beraten und verbessert; Resultat dieser Arbeit war der dritte (Commissional-) Entwurf zum neuen OR. Dieser dritte Entwurf ging in die Vernehmlassung. Das Echo darauf war nicht nur positiv, die Kritik zuweilen überaus hart³.

Daraufhin setzte der Bundesrat eine neue Kommission zur Ueberarbeitung dieses Entwurfes ein, der u.a. auch Professor Bluntschli angehörte. Das Resultat dieser neuerlichen Bemühungen war der mit Botschaft vom 27. November 1879 vom Bundesrat der Bundesversammlung vorgelegte 'Entwurf des eidgenössischen Obligationen- und Handelsrechts'. Die Beratung dieses Entwurfes in den Räten und deren Kommissionen führte zu einer nochmaligen Umgestaltung durch eine Kommission, der unter anderen auch die Präsidenten und Berichterstatter der beiden parlamentarischen Kommissionen angehörten. Den so neugestalteten Ent-

2 Die entsprechende Bundeskompetenz hatte die Volksabstimmung vom 19. April 1874 über die neue Bundesverfassung gebracht.

3 so vor allem von seiten der Professoren Friedrich von Wyss aus Basel und Emil Vogt aus Bern.

wurf leitete der Bundesrat mit Botschaft vom 28. Mai 1881 den Räten zu. Nach weiteren Beratungen in der Frühjahrssession wurde der Entwurf am 14. Juni 1881 von der Bundesversammlung angenommen.

II. Der Entwurf Munzingers im Vergleich zu seinen beiden bedeutendsten Vorlagen

Sowohl der 'Entwurf eines für die deutschen Bundesstaaten gemeinsamen Gesetzes über Schuldverhältnisse', der sog. Dresdner Entwurf, als auch das Zürcher PGB von Bluntschli plazierten die Regelung der Stellvertretung, wie schon Savigny, im Allgemeinen Teil des Obligationenrechtes.

Munzinger hat, wie sich aus der anschliessenden Gegenüberstellung ergibt, für seine Regelung der Stellvertretung den Dresdner Entwurf in einem weit höheren, ich möchte fast sagen, ausschliesslichen Masse benutzt. Dazu ist zu bemerken, dass der Dresdner Entwurf in einer Zeit der Hochblüte der deutschen Rechtswissenschaft, insbesondere der Pandektenwissenschaft, entstanden ist und von daher viel eher dazu tendierte, ausführliche, dogmatisch klare, in der Praxis aber eher überflüssige Regelungen aufzunehmen, während Bluntschli, bei aller Anerkennung der Tatsache, dass er unter die ersten Rechtsgelehrten seiner Zeit einzureihen war, darauf bedacht war, ein allgemeinverständliches Gesetzbuch zu verfassen, das, vor allem im Obligationenrecht, nicht jede Rechtsfrage bis in alle Details regelte.

§ 949 "Wer dazu ermächtigt ist, kann auch für einen Andern einen Vertrag abschliessen, so dass, wenn er als Stellvertreter sich zu erkennen gegeben hat, nicht der Vertreter, sondern der Vertretene zum Gläubiger oder Schuldner wird. Die Ermächtigung kann entweder für das einzelne Geschäft besonders, oder im Allgemeinen für eine Reihe von Geschäften, wie z. B. für den Geschäftsführer oder Faktor einer Kaufhandlung, ertheilt worden sein, oder aus den Verhältnissen, wie z. B. für den Vater mit Bezug	I. Titel, 3. Abschnitt <u>Stellvertretung</u> Art. 18 "Wenn ein Stellvertreter innerhalb den Grenzen seiner Befugnisse mit einem Dritten einen Vertrag abschliesst, so wird dadurch der Vertretene selbst zum Gläubiger oder Schuldner des Dritten. Dies ist nicht bloss dann der Fall, wenn der Vertreter sich ausdrücklich als solcher zu erkennen gegeben hat, sondern auch da, wo aus den Umständen erhellt, dass der Vertrag nach dem Willen der Kontrahenten für den Ver-	Im Gegensatz zu Munzinger (und auch Bluntschli) hält der Dresdner Entwurf zunächst einmal generell die Zulässigkeit der gewillkürten Stellvertretung fest. Art. 83 Abs. 1 "Verträge können, soweit das Gesetz oder die Natur des Vertrages nicht entgegenstehen, durch freigeählte Stellvertreter geschlossen werden."
		Art. 84 "Willenserklärungen eines Stellvertreters, welcher sich als solcher zu erkennen gegeben hat, gelten, sofern er innerhalb der Grenzen seiner Befugnisse gehandelt, so, als ob sie von dem Vertretenen abgegeben worden wären. Ebenso gelten Willenserklärungen, welche von Andern dem Stellvertreter als solchem gegenüber abgegeben worden sind, so, als ob sie dem Vertretenen gegenüber abgegeben worden wären. Aus einem Verträge, welcher durch solche Willenserklärungen geschlossen wird, entsteht ein unmittelbares Schuldverhältniss zwischen dem Vertretenen und dem anderen Vertragsschliessenden. Dies gilt, ohne Unter-

Zürcher PGB	Entwurf Munzinger	Dresdner Entwurf
auf die Verwaltung des Vermögens seiner Kinder, sich ergeben."	tretenen geschlossen werden sollte."	schied, ob der Stellvertreter sich ausdrücklich als solcher zu erkennen gegeben hat, oder ob aus den Umständen erhellt, dass der Vertrag nach dem Willen der Vertragschliessenden für den Vertretenen geschlossen werden sollte."

Im ersten Absatz hat sich Munzinger also ans Zürcher PGB angelehnt, den zweiten dagegen fast wörtlich dem Dresdner Entwurf entnommen. Die generelle Anerkennung der Stellvertretung (insbesondere auch der direkten) ergibt sich bei ihm aus der Formulierung von Art. 18, bei Bluntschli Zürcher PGB aus der Fassung von § 949.

-	Den Art. 83 Abs. 2 des Dresdner Entwurfs hat Munzinger in gleicher Art und Weise im Abschnitt 'Vertragsfähigkeit' (Art. 2 ff.) geregelt.	Art. 83 Abs. 2 "Für Vertragsunfähige und für solche, welche in der Vertragsfähigkeit beschränkt sind, ingleichen für juristische Personen handeln deren gesetzliche oder statutenmässige Stellvertreter."
-	Art. 19 "Ist ein Vertrag durch einen Stellvertreter geschlossen worden, so kommt nur dessen Irrthum in Betracht. Soweit jedoch ein Stellvertreter durch einen Stellvertreter geschlossen worden, so kommt nur dessen Irrthum in Betracht. Soweit jedoch ein Stellvertreter einen	Art. 86 "Ist ein Vertrag durch einen Stellvertreter geschlossen worden, so kommt nur dessen Irrthum in Betracht. Soweit jedoch ein Stellvertreter einen

vertreter einen Auftrag zum Abschluss eines bestimmten Geschäftszu vollzogen hat, so kann sich der Vertretene, wenn ihm der wahre Sachverhalt bei Ertheilung des Auftrages bekannt war, auf den Irrthum des Stellvertreters nicht berufen."	Art. 20 "Ist der Stellvertreter zur Schliessung des Vertrages durch Furcht oder Betrug bestimmt worden, so kann der Vertretene den Vertrag anfechten."	Willensmängel werden sowohl bei Munzinger als auch im Dresdner Entwurf aus der Person des Vertreters beurteilt. Hinsichtlich der 'persönlichen Vertragsfähigkeit, des Vertragsgegenstandes und der Form des Vertrages' wird nach Art. 85 des Dresdner Entwurfes die Gültigkeit eines Vertrages aber nach der Person des Vertretenen beurteilt. Munzinger schweigt sich darüber aus.	§ 950 "Wenn dagegen jemand ohne Ermächtigung zu Gunsten eines Dritten eine Forderung durch Vertrag begründen will, so erwirbt dieser die Forderung nur, insofern jener als Geschäftsführer desselben gehandelt und dieser die Geschäftsführung gutgeheissen hat, oder wenn ihm die
Auftrag zur Schliessung eines Vertrages über einen bestimmten Gegenstand vollzogen hat, so kann sich der Vertretene, wenn ihm der wahre Sachverhalt bei Ertheilung des Auftrages bekannt war, auf den Irrthum des Stellvertreters nicht berufen."	Art. 87 Entspricht Art. 20 Entwurf Munzinger.		Art. 88 "Hat Derjenige, welcher als Stellvertreter auf den Namen eines Anderen den Vertrag geschlossen hat, die Eigenschaft eines Stellvertreters nicht gehabt, oder gegen seine Befugnisse oder mit Ueberschreitung derselben gehandelt, so wird der Vertretene nur im Falle der Genehmigung des Vertrages, in diesem Falle aber so ver-
			Art. 21 "Hat derjenige, welcher als Stellvertreter einen Vertrag geschlossen hat, diese Eigenschaft nicht gehabt, oder gegen seine Befugnisse oder mit Ueberschreitung derselben gehandelt, so wird der Vertretene nur dann verpflichtet, wenn er den Vertrag genehmigt."

zunächst von jenem selbst erworbene Forderung übertragen worden ist.

Erfolgt die Genehmigung weder ausdrücklich noch stillschweigend, so kann der Dritte, wenn er den Mangel oder den wahren Umfang der Stellvertretung nicht gekannt hat, den Stellvertreter, mit dem er kontrahirt hat, nach seiner Wahl auf Erfüllung oder Schadenersatz belangen."

pflichtet, als ob er selbst den Vertrag geschlossen hätte.

Eine theilweise Genehmigung eines geschlossenen Vertrages kann nur mit Einwilligung der Betheiligten wirksam geschehen; erfolgt diese Einwilligung, so gilt dies als Schliessung eines neuen Vertrages."

Art. 89

"Wird im Falle des Art. 88, Abs.

1 der Vertrag von dem Vertretenen nicht genehmigt, so haftet der Stellvertreter dem anderen Vertragschliessenden, wenn dieser den Mangel der Eigenschaft des Stellvertreters als solchen oder, falls der Stellvertreter ein freigewählter ist, den Umfang der Ermächtigung desselben nicht gekannt hat, nach der Wahl des anderen Vertagschliessenden entweder so, als ob der den Vertrag für seine Person geschlossen hätte, oder für Schadenersatz. War aber dem anderen Vertagschliessenden der Mangel oder der Umfang der Ermächtigung des Stellvertreters bekannt, so ist der Vertrag nichtig, ausgenommen wenn der Stellvertreter die Genehmigung des Vertretes von Seiten des Vertretenen beizubringen versprochen hat, welchen falls der andere Vertagschliessende die Beibringung der Genehmigung und,

wenn diese nicht beigebracht wird,
Schadenersatz zu fordern berechtigt
wird."

Inhaltlich decken sich der Entwurf Munzingers und der Dresdner Entwurf bis auf wenige Einzelheiten (Teilweise Genehmigung', ausdrückliche Erwähnung der Nichtigkeit eines durch einen bösgläubigen Dritten mit einem nicht autorisierten Stellvertreter abgeschlossenen Vertrages mitsamt der Ausnahme, 'falls der Vertreter die Beibringung der Genehmigung versprochen hat', fehlen bei Munzinger, lassen sich aber aus den allgemeinen Grundsätzen genau gleich rekonstruieren). Die Zürcher Lösung, die noch vom Geschäftsführer und vom Erwerb einer Forderung zu Gunsten eines Dritten ausgeht, wirkt dagegen sehr rudimentär.

Art. 22

"Hat der Stellvertreter neben einer offenen Vollmacht geheime Anweisungen erhalten, so haben diese auf das Recht von Dritten, welche ohne Kenntniss derselben mit dem Stellvertreter gehandelt haben, keinen Einfluss."

Eine dem Art. 22 von Munzingers Entwurf entsprechende Norm fehlt sowohl im Zürcher PGB als auch im Dresdner Entwurf, ist dagegen sowohl im ABGB (§ 1017) als auch in weiteren Kodifikationen (vor allem der Berner Gruppe: CGB Bern, S. 788) enthalten. Diese Regelung ergibt sich aber auch aus der Natur der Vollmacht, die nach aussen wirkt, von selbst.

Munzinger trifft hier nochmals die klare Unterscheidung zwischen Vertretungsmacht (= offener Vollmacht) und Vertretungsbefugnis (= geheime Anweisungen, die sich aus dem Innenverhältnis ergeben).

Art. 23 Abs. 1

"Wenn ein Stellvertreter auf eigenen Namen, jedoch für Recht-

Art. 90

"Verträge, welche ein Stellvertreter für den Vertretenen, jedoch auf ei-

Eine entsprechende Vorschrift fehlt.

Zürcher PGB	Entwurf Munzinger	Dresdner Entwurf
	nung des Vertretenen eine Forderung erworben hat, so kann er angehalten werden, dieselbe auf den Vertretenen zu übertragen, und dieser kann die Forderung erst nach der Uebertragung geltend machen."	genen Namen schliesst, begründen an sich nur Forderungen für und gegen seine Person und es hat sich der Dritte, mit welchem der Vertrag geschlossen ist, den Eintritt des Vertretenen in das zwischen ihm und dem Stellvertreter bestehende Schuldverhältniss nur nach den über die Veräusserung von Forderungen und über Schuldübernahme geltenden Vorschriften gefallen zu lassen. Hat ein Stellvertreter eine Forderung zwar auf eigenen Namen, jedoch in der Absicht erworben, dass sie dem Vertretenen gehören solle, so geht die Forderung auf den Letzteren über. Dasselbe gilt von Forderungen, welche ein Stellvertreter mit den Mitteln des Vertretenen für diesen erwerben sollte, aber auf eigenen Namen erworben hat."

Nach Munzinger geht die vom indirekten Stellvertreter erworbene Forderung in jedem Fall nur nach einer Zession auf den Vertretenen über, wobei dieser (je nach der internen Regelung) einen obligatorischen Anspruch auf Abtretung besitzt. Nach Art. 90 Abs. 2 des Dresdner Entwurfs jedoch geht die Forderung, sofern der Wille des Stellvertreters (und, wie man ergänzen muss, wohl auch der Wille des Vertretenen) darauf gerichtet ist, ipso iure auf den Vertretenen über.

Eine entsprechende Vorschrift (wie z.B. heute Art. 401 OR) findet sich bei Munzinger auch nicht im Mandatsrecht.

Eine entsprechende Vorschrift fehlt.

Art. 23 Abs. 2

"Im Konkurs des Vertreters gilt jedoch eine solche Forderung auch schon vor der Uebertragung als Forderung des Vertretenen, immerhin unter Vorbehalt des gesetzlichen Retentionsrechts des Vertreters."

Dieser Absatz enthält die einzige Ausnahme vom Prinzip der Notwendigkeit der Zession bei indirekter Stellvertretung im Entwurf Münzingers.

Art. 24

"Hat der Vertreter eines Bevormundeten innerhalb seiner Befugnisse einen Vertrag abgeschlossen, so ist auch da, wo der Bevormundete durch den Vertrag Nachtheil erleidet, eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand unzulässig."

Art. 91

"Gegen die von ihren gesetzlichen Stellvertretern geschlossenen Verträge steht den Minderjährigen, sowie denjenigen bevormundeten und juristischen Personen, welche die Rechte der Minderjährigen genießen, auf Grund dieser Rechte die Rechtswohltat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stande nicht zu."

Die Ablehnung der römischen 'restitutio in integrum' hat Münzinger ebenfalls aus dem Dresdner Entwurf übernommen.

Aus dieser Gegenüberstellung ergibt sich, dass Münzinger sich, wie schon vorne bemerkt, in weit höherem Masse an den Dresdner Entwurf anlehnte als an jedes andere damals moderne Gesetzeswerk. Was seinen Entwurf von der deutschen Arbeit wohltuend abhebt, auch bei der Behandlung der Stellvertretung, ist die Kürze und Prägnanz des Ausdrucks. Trotz seiner Kürze aber steht das Werk Münzingers seinem Vorbild in der Genauigkeit bei der Behandlung der einzelnen Rechtsfragen in nichts nach.

III. Der Entwurf Fick und der Kommissionsentwurf 1876

In dem von Prof. Heinrich Fick nach den Kommissionsberatungen in den Jahren 1869 und 1872 überarbeiteten und 1875 gedruckten Entwurf wurde die Stellvertretung wieder zusammen mit dem Mandat und der Prokura im Besonderen Teil des Obligationenrechts geregelt. Sonst basierte Fick aber weitgehend auf den Vorarbeiten von Munzinger, was eine kleine Gegenüberstellung sofort klar macht:

Munzinger	Fick	Kommission 1876
Art. 18 "Wenn ein Stellvertreter innert den Grenzen seiner Befugnisse mit einem Dritten einen Vertrag abschliesst, so wird dadurch der Vertretene selbst zum Gläubiger oder Schuldner des Dritten."	Art. 458 "Wenn ein Mandatar oder sonstiger Vertreter innert der Grenzen seiner Befugnisse im Namen des Vertretenen mit einem Dritten einen Vertrag abschliesst, ..."	Art. 458 "Wenn ein durch Auftrag ermächtigter oder sonstiger Vertreter innert der Grenzen seiner Befugnisse ..."

Alle drei Entwürfe lassen die Stellvertretung und damit die unmittelbare Drittberechtigung und -verpflichtung zu. Der Kommissionsentwurf von 1876 geht in seiner Verknüpfung von Stellvertretung und Auftrag sehr weit zurück: Es wird der durch Auftrag ermächtigte (nicht etwa der durch eine Vollmacht bevollmächtigte) Vertreter angeführt.

Art. 19 und 20 Willensmängel werden aus der Person des Vertreters beurteilt.	Fehlt.	Fehlt.
Art. 21 Abs. 1 Vollmachtloser Stellvertreter	Wie Entwurf Munzinger (Art. 459 Abs. 1)	Wie Entwurf Munzinger (Art. 459 Abs. 1)
Art. 21 Abs. 2 "Erfolgt die Genehmigung weder ausdrücklich noch stillschweigend, so kann der Dritte, wenn er den Mangel oder den wah-	Art. 459 Abs. 2-4 "Der Dritte kann aber über die Genehmigung eine Erklärung verlangen und für diese Erklärung eine Frist ansetzen.	Art. 459 Abs. 2 Wie Fick.

Munzinger	Kommission 1876
Art. 23 "Wenn ein Stellvertreter auf eigenen Namen, jedoch für Rechnung des Vertretenen eine Forderung erworben hat, so kann er angehalten werden, dieselbe auf den Vertretenen zu übertragen, und dieser kann die Forderung erst nach der Uebertragung geltend machen. Im Konkurs des Vertreters gilt jedoch eine solche Forderung auch schon vor der Uebertragung als Forderung des Vertretenen, immerhin unter Vorbehalt des gesetzlichen Retentionsrechts zu Gunsten des Vertreters."	Art. 457^b Abs. 1 und 2 "Es kann jedoch der Auftraggeber, sofern er seinerseits allen Verpflichtungen aus dem Auftragsverhältnis nachgekommen ist, von dem Beauftragten, welcher in eigenem Namen für Rechnung des Auftraggebers Dritten gegenüber gehandelt hat, die Abtretung der Forderungsrechte gegen diese Dritten verlangen. Kommt der Beauftragte in Konkurs, bevor eine solche Abtretung stattgefunden hat, so kann der Auftraggeber gegen Erfüllung aller ihm etwa noch obliegenden Verpflichtungen aus dem Auftragsverhältnisse von der Massaverwaltung verlangen, dass die für seine Rechnung erworbenen Forderungsrechte des Beauftragten aus der Masse ausgeschieden und ihm zur Geltendmachung für seine alleinige Rechnung überlassen werden."

Auf dem Gebiet der Stellvertretung stellt der Kommissionsentwurf von 1876 den beiden vorhergehenden Entwürfen gegenüber keine Verbesserung dar, ebensowenig derjenige von Fick, verglichen mit der Arbeit von Munzinger.

IV. Die letzte Phase der Gesetzgebung und die endgültige Regelung im aOR

In den Kommissionsberatungen zwischen September 1877 und Oktober 1878 wurde die Regelung der Stellvertretung wieder aus dem Mandatsrecht herausgelöst und in den Allgemeinen Teil des OR eingeordnet. Diesen bedeutsamen Grundsatzentscheid brachte schon die im März 1878 fertiggestellte Fassung des Allgemeinen Teils.

Der im Oktober 1878 erarbeitete Entwurf enthielt praktisch schon den vollständigen Text des aOR, genauso wie der Entwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements vom Juli 1879, der mit der Bot-

schaft vom 27. November 1879 vom Bundesrat der Bundesversammlung zugeleitet wurde.

In den Beratungen der Räte, die der Annahme des Gesetzes vorangingen, wurde der Entwurf des Bundesrates, was die Regelung der Stellvertretung anbetrifft, nicht mehr geändert.

Die enge Uebereinstimmung aller später Entwürfe mit der endgültigen Regelung mag folgende Uebersicht deutlich machen:

aOR	Entwurf EJPD (Juni 1879)	Kommissionsentwurf Oktober 1878
Art. 36 "Wenn Jemand, der zur Vertretung eines Andern ermächtigt ist, im Namen desselben einen Vertrag abschliesst, so wird der Vertretene und nicht der Vertreter berechtigt und verpflichtet."	Art. 42 Wie aOR.	Art. 46 Wie aOR.
Art. 37 "Hat der Vertreter bei dem Vertragsabschlusse sich nicht als solchen zu erkennen gegeben, so wird der Vertretene nur dann unmittelbar berechtigt oder verpflichtet, wenn der andere Theil aus den Umständen auf das Vertretungsverhältnis schliessen musste; ist diess nicht der Fall, so bedarf es einer Abtretung der Forderung, oder einer Schuldübernahme nach den hiefür geltenden Grundsätzen."	Art. 43 Inhaltlich wie aOR. "... wenn der andere Kontrahent zu schliessen veranlasst war." "In den übrigen Fällen bedarf es einer Abtretung der Forderung, oder einer Schuldübernahme nach den hiefür geltenden Grundsätzen."	Art. 47 Inhaltlich wie aOR. "... wenn der andere Kontrahent zu schliessen veranlasst war." wie Entwurf EJPD
Art. 38 "Soweit die Ermächtigung, im Namen eines Andern Verträge abzuschliessen, aus familien- oder erbrechtlichen Beziehungen oder aus Verhältnissen des öffentlichen Rechts hervorgeht, ist sie nach dem kantonalen Rechte oder der bezüglichen eidgenössischen Gesetzgebung zu beurtheilen."	Art. 44 "Die Ermächtigung, im Namen eines Andern Verträge abzuschliessen, ist, soweit sie aus familien- oder erbrechtlichen Beziehungen oder aus Verhältnissen des öffentlichen Rechts hervorgeht, nach den Grundsätzen des zuständigen kantonalen oder eidgenössischen Rechts zu beurtheilen."	Art. 4 Identisch mit Art. 44 des Entwurfs EJPD

aOR	Entwurf EJPD	Komm. Okt. 1878
Art. 39 "Ist die Ermächtigung vertragsmässig eingeräumt, so beurtheilt sich ihr Inhalt nach der zwischen Vollmachtgeber und Vertreter getroffenen ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung. Vorbehalten bleiben die durch dieses Gesetz den Gesellschaftsvorstehern, Prokuratägern und anderen Handlungsbevollmächtigten beigelegten Befugnisse."	Art. 45 "Ist jene Ermächtigung vertragsmässig eingeräumt (Vollmacht aus Auftrag, aus Dienst, Gesellschaft usw.) ..." "Vorbehalten bleibt der gesetzliche Inhalt der Vollmacht von Gesellschaftsvorstehern, Prokuratägern und anderen Handlungsbevollmächtigten nach den Vorschriften des Besonderen Theils."	Art. 49 Identisch mit Art. 44 des Entwurfs EJPD
Art. 40 "Eine vertragsmässig ertheilte Vollmacht kann vom Vollmachtgeber jederzeit beschränkt oder widerrufen werden, unbeschadet der vertragsmässigen Ansprüche des Bevollmächtigten. Ein vom Vollmachtgeber zum Voraus erklärter Verzicht auf dieses Recht ist ungültig."	Art. 46 Identisch mit Art. 40 aOR "... unverbindlich."	Art. 50 "Eine vertragsmässig ertheilte Vollmacht kann vom Vollmachtgeber und vom Bevollmächtigten jederzeit beschränkt oder widerrufen werden, unbeschadet der vertragsmässigen Ansprüche beider Theile. Ein zum Voraus erklärter Verzicht auf dieses Recht ist unverbindlich."
Art. 41 "Hat der Vertretene die Vollmacht ausdrücklich oder thatsächlich kundgegeben, so kann er deren gänzlichen oder theilweisen Widerruf gutgläubigen Dritten nur dann entgegensetzen, wenn er denselben ebenfalls bekannt gemacht hat."	Art. 47 wie Art. 41 aOR "den Widerruf ebenfalls kundgegeben hat."	Art. 51 wie Art. 41 aOR "den Widerruf in entsprechender Weise kundgegeben hat."
Art. 42 "Die vertragsmässige Vollmacht erlischt durch Tod, durch eingetretene Handlungs-	Art. 48 wie Art. 42 aOR	Art. 52 wie Art. 42 aOR

aOR	Entwurf EJPD	Komm. Okt. 1878
Art. 42 unfähigkeit und durch Konkurs des Vollmachtgebers oder des Bevollmächtigten. Die Auflösung einer juristischen Person oder einer in das Handelsregister eingetragenen Gesellschaft hat die nämliche Wirkung für die von ihnen erteilten Vollmachten. Die gegenseitigen persönlichen Ansprüche werden hiedurch nicht berührt."	Art. 48 "Vorbehalten bleiben die gegenseitigen persönlichen Ansprüche."	Art. 52 "Auch in diesem Fall bleiben die gegenseitigen persönlichen Ansprüche vorbehalten."
Art. 43 "Ist dem Bevollmächtigten eine Vollmachtsurkunde ausgestellt worden, so ist er nach dem Erlöschen der Vollmacht zur Rückgabe oder gerichtlichen Hinterlegung der Urkunde verpflichtet. Wird er von dem Vollmachtgeber oder seinen Rechtsnachfolgern hiezu nicht angehalten, so sind dieselben gutgläubigen Dritten für den Schaden verantwortlich."	Art. 49 Abs. 1 wie Art. 43 Abs. 1 aOR "Unterlassen es der Vollmachtgeber, beziehungsweise seine Rechtsnachfolger, ihn hiezu anzuhalten, so tragen sie die Gefahr gemäss Art. 48."	Art. 53 Abs. 1 wie Art. 43 Abs. 1 aOR Art. 53 Abs. 2 wie Art. 49 Abs. 2 Entwurf EJPD
Art. 44 "So lange das Erlöschen der Vollmacht dem Bevollmächtigten nicht bekannt geworden ist, berechtigt und verpflichtet er den Vollmachtgeber oder dessen Rechtsnachfolger, wie wenn die Vollmacht noch bestehen würde. Ausgenommen sind Fälle, in welchen der Dritte vom Erlöschen der Vollmacht Kenntniss hatte."	Art. 50 "So lange das Erlöschen der Vollmacht dem Bevollmächtigten unbekannt ist, ... beziehungsweise dessen Rechtsnachfolger ... Vorbehalten bleiben die Fälle, in welchen der andere Kontrahent vom Erlöschen der Vollmacht Kenntniss hatte"	Art. 54 wie Art. 50 Entwurf EJPD

aOR	Entwurf EJPD	Komm. Okt. 1878
Art. 45 "Betreffend das Erlöschen der Vollmacht von Gesellschaftsvorstehern, Prokuratrgern und anderen Handlungsbevollmächtigten bleiben die besonderen Vorschriften dieses Gesetzes vorbehalten."	Art. 51 wie Art. 45 aOR "... Vorschriften des besonderen Theiles vorbehalten."	Art. 55 wie Art. 51 Entwurf EJPD
Art. 46 "Hat Jemand, ohne dazu ermächtigt zu sein, als Stellvertreter einen Vertrag abgeschlossen, so wird der Vertretene nur dann Gläubiger oder Schuldner, wenn er den Vertrag genehmigt."	Art. 52 "Hat Jemand als Stellvertreter einen Vertrag ohne Ermächtigung abgeschlossen, ..."	Art. 56 wie Art. 52 Entwurf EJPD
Art. 47 "Der andere Theil ist berechtigt, von dem Vertretenen innerhalb einer angemessenen Frist eine Erklärung über die Genehmigung zu verlangen. Er hört auf, gebunden zu sein, wenn der Vertretene nicht binnen dieser Frist die Genehmigung erklärt."	Art. 53 "Der andere Kontrahent ist berechtigt, ... , Wenn der Vertretene nicht binnen dieser Frist die Genehmigung erklärt, so ist auch der andere Kontrahent nicht mehr an den Vertrag gebunden."	Art. 57 "Der andere Kontrahent ist berechtigt, ... wie Art. 53 Abs. 2 Entwurf EJPD
Art. 48 "Wird die Genehmigung ausdrücklich oder stillschweigend abgelehnt, so kann der andere Theil denjenigen, welcher als Stellvertreter gehandelt hat, auf Schadenersatz belangen, sofern er nicht den Mangel der Vollmacht kannte oder nach den Umständen hätte kennen sollen."	Art. 54 wie Art. 48 aOR	Art. 58 "Wenn die Genehmigung ausdrücklich oder stillschweigend abgelehnt worden ist, ..."
Art. 49 "In allen Fällen bleibt die Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung bestehen."	Art. 55 "Vorbehalten bleibt in allen Fällen die Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung."	Art. 59 wie Art. 55 Entwurf EJPD

V. Würdigung der Regelung des aOR

Die Regelung der Stellvertretung im aOR ist klar und kurz gefasst (14 Artikel gegen 18 Paragraphen im BGB). Sie berücksichtigt die Ergebnisse des Theorienstreits im deutschen Raum, der in der Schweiz nie so hohe Wellen geworfen hat, indem sie unzweideutig sowohl von der Geschäftsherrentheorie als auch von der Zessionstheorie abgeht. Der Gesetzgeber hat sich an die Repräsentationstheorie gehalten. Ob ihm dabei die Separationstheorie oder die Fiktionstheorie näher gestanden hat, muss nicht untersucht werden, da sie beide zu denselben Ergebnissen führen. Die Formulierung von Art. 36 aOR ist eindeutig: Der Vertreter schliesst im Namen des Vertretenen ab, die Wirkungen seiner Handlung treffen unmittelbar den Vertretenen, ohne dass eine Abtretung der Forderung oder eine Schuldübernahme notwendig wäre. Dass demzufolge Willensmängel aus der Person des Vertreters und nicht des Vertretenen zu beurteilen sind, hat Munzinger in seinem Entwurf (Art. 19 und 20) noch ausdrücklich festgehalten. In den späteren Entwürfen und auch in der Endfassung wurde dieser Satz als selbstverständlich weggelassen (nicht aber im BGB: § 166 Abs. 1 besagt, dass, 'soweit die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung durch Willensmängel oder durch die Kenntnis oder das Kennenmüssen gewisser Umstände beeinflusst werden,' nicht die Person des Vertretenen, sondern die des Vertreters in Betracht kommt).

Die Trennung zwischen der Vollmacht einerseits und dem dieser Vollmacht zugrunde liegenden Rechtsverhältnis andererseits hat schon Munzinger in seinem Entwurf klar herausgearbeitet. Diese Trennung finden wir, nach einer weniger glücklichen Fassung im Kommissionsentwurf aus dem Jahre 1876, auch in der Endfassung wieder. So berührt der Untergang der Vollmacht (in der Regel durch Widerruf) das der Vollmacht zugrunde liegende Rechtsverhältnis nicht; so muss der Eintrag der Prokura für einen entlassenen Prokuristen im Handelsregister gelöscht werden, damit seine Vollmacht erlischt. Die Vertretungsbefugnisse decken sich nicht zwingend mit der Vertretungsmacht und ergeben sich in aller Regel aus dem Grundverhältnis.

Bei der indirekten Stellvertretung nach Art. 37 aOR ist, wie nach dem heutigen Recht, eine Abtretung der Forderung oder eine Schuldübernahme in jedem Fall erforderlich.

ANHANG

Die Regelung der Stellvertretung in den Kantonen ohne kodifiziertes Obligationenrecht

Die in den Kapitel 2 bis 4 nicht aufgeführten Kantone haben ihr Obligationenrecht nicht kodifiziert. Bei der Mehrzahl von ihnen fehlt eine Zivilrechtskodifikation überhaupt. Dafür waren verschiedene Gründe massgebend, so das fehlende Bedürfnis, die bevorstehende Kodifikation des Obligationenrechts oder einfach die Unmöglichkeit, zu einer allseits befriedigenden Lösung zu kommen.

Im folgenden soll versucht werden, das Vertretungsrecht dieser Kantone zu skizzieren.

1. Basel

In Basel galt bis weit ins 19. Jahrhundert hinein die aus dem Jahre 1719 stammende Gerichtssatzung. Diese stellt es den Prozessparteien grundsätzlich frei, ihre Prozesse selbst zu führen oder sich vertreten zu lassen. Einer Vertretungspflicht unterworfen waren alle Personen, die nicht eigenen Rechtes waren. Die Rechte und Pflichten der Anwälte sowie die Modalitäten des Auftretens vor Gericht (Vollmacht etc.) waren genau umschrieben. Frauen waren der Geschlechtsvormundschaft unterworfen, mussten sich also vor Gericht durch ihre Ehemänner bzw. Vögte verbeiständen lassen (Gerichtssatzung Tit. XXI und XXII des Ersten Theils).

Die Tatsache, dass Frauen der Geschlechtsvormundschaft unterworfen waren, hatte auch Auswirkungen auf ihre Geschäftsfähigkeit: Sie durften "ohne Zuthun und Einwilligung ihrer verordneten Vögte" nicht kontrahieren. Dieselbe Einschränkung galt auch für unter der väterlichen Gewalt stehende Minderjährige und alle übrigen Bevormundeten. Von

der Pflicht, einen Vogt beizuziehen, waren die Handelsfrauen ausgenommen. (Gerichtssatzung Tit. XXIV-XXVIII des Anderen Theils).

Inbezug auf die gewillkürte Stellvertretung finden sich in der Gerichtssatzung keine Regelungen; es galt also subsidiär das gemeine Recht.

2. Die Ostschweizer Kantone

Die gesetzliche Stellvertretung war in den Ostschweizer Kantonen grundsätzlich gleich geregelt wie in Zürich, soweit sie überhaupt umschrieben war. Insbesondere war die Frau der Vormundschaft ihres Mannes, des Vaters oder eines Vogtes unterworfen, also nicht in der Lage, ohne Verbeiständung oder gar Vertretung zu kontrahieren. Ausnahmen galten fast überall für die Handelsfrau.

Die Prozessvertretung war generell zulässig; für beschränkt oder vollständig handlungsunfähige Personen musste der gesetzliche Vertreter den Prozess führen. Eine Ausnahme bildete jeweils der Strafprozess.

Die gewillkürte Stellvertretung war als Rechtsinstitut in den noch auf dem mittelalterlichen Recht basierenden Landbüchern nicht vorgesehen, doch ist mit gutem Grund anzunehmen, dass bei einer generellen Zulassung der Prozessvertretung auch die Vertretungsmöglichkeit bei den weniger bedeutsamen Geschäften des Rechtsverkehrs vorhanden war.

3. Die Innerschweizer Kantone

Das Stellvertretungsrecht der Innerschweizer Kantone deckt sich, abgesehen von der noch dürftigeren Ausgestaltung der einzelnen Regelungen, weitestgehend mit demjenigen der Ostschweizer Kantone.

ZUSAMMENFASSUNG

1. Europäische Entwicklung

Die jahrhundertealte Diskussion um die Zulässigkeit der unmittelbaren Drittberechtigung und -verpflichtung führte von der grundsätzlichen Stellvertretungsfeindlichkeit des römischen Rechts über die faktische Umgehung durch die Legisten und die Anerkennung im Rahmen des Mandats durch die Naturrechtskodifikation zur Ausgestaltung der direkten Stellvertretung als eigenständiges, vom konkreten Grundverhältnis unabhängiges Rechtsinstitut durch die Pandektenwissenschaft des 19. Jahrhunderts. Im deutschen Raum hat diese Entwicklung ihren Abschluss mit dem BGB gefunden, das die direkte Stellvertretung nach den von der Repräsentationstheorie aufgestellten Grundsätzen regelt.

2. Die Entwicklung im schweizerischen Raum

A. Die Prozessvertretung

Nach der durch den germanischen Prozess verursachten Ablehnung der Prozessvertretung (Fürsprecher!) setzte sich überall, zunächst in der Westschweiz und in den grossen Städten, nach der Helvetik auch in den restlichen Gebieten, der Grundsatz der Zulässigkeit der Prozessvertretung durch. Gewisse Kantone liessen für die Prozessvertretung nur patentierte Anwälte zu, andere gestatteten diese jedem handlungsfähigen Schweizer Bürger, Schaffhausen verbot die Beiziehung von Anwälten generell, sei es zur Vertretung oder auch nur zur Verbeiständung.

B. Die gesetzliche Vertretung

Der Ehemann und Vater spielte in der Vertretung seiner Familienangehörigen eine zentrale Rolle, die sich aus der Stellung des Muntwalts

herleiten lässt. Für die Kinder war diese Vertretung absolut; für die Ehefrau war sie, je nach Gegend, von umfassender oder auch von geringer Bedeutung. Sie richtete sich auch immer nach dem geltenden Güterstand. Unverheiratete Frauen blieben je nach Gegend unter väterlicher Vormundschaft, erhielten einen gesetzlichen oder gewillkürten Vogt oder wurden verbeiständet. Witwen und Frauen ohne Vermögen wurden von diesen Massnahmen nicht überall erfasst. Der Vater handelte immer, der Vogt in der Regel ohne Mitwirkung des Mündels als dessen Stellvertreter. Die gesetzliche Vertretung ist also viel älter als die gewillkürte. Alle Kantone bemühten sich, dieses Rechtsgebiet auch in ihre Kodifikationen möglichst unverändert zu übernehmen.

C. Die gewillkürte Stellvertretung

Im alten Recht finden sich sehr wenige Normen über die Zulässigkeit der gewillkürten Stellvertretung. Da wir von der Rezeption und damit auch vom justinianischen Prinzip 'alteri stipulari nemo potest' in einem sehr geringen Masse betroffen sind, müsste hier eine Untersuchung der Urkunden aus jener Zeit Aufschluss über die praktische Bedeutung der aussergerichtlichen Vertretung geben.

Da das einheimische Recht der Frage der Zulässigkeit der Stellvertretung offensichtlich wenig Bedeutung beigemessen hat, konnten die Redaktoren der kantonalen Privatrechtskodifikationen sich nicht auf das geltende Recht abstützen, als es galt, die Fragen um die unmittelbare Drittberechtigung und -verpflichtung zu regeln. So sind die Kapitel über das Mandat, worin die Stellvertretung enthalten war, den jeweiligen ausländischen Vorbildern nachgestaltet; diejenigen der Berner Gruppe dem ABGB, diejenigen der Code civil-Gruppe dem französischen Code civil. Das ist weiter nicht verwunderlich, denn eine schweizerische Rechtswissenschaft, die diese Frage hätte behandeln können, gab es bis zur Gründung der Universität Zürich nicht. Zürichs Gesetzesredaktor, J. C. Bluntschli, einer der hervorragenden Juristen der damaligen Zeit

im ganzen deutschen Sprachraum, ging denn auch eigene Wege. Er löste die Stellvertretung aus dem Mandatsrecht heraus und regelte sie in einem eigenen Kapitel. Die Trennung zwischen Vollmacht und zugrunde liegendem Rechtsverhältnis wurde klar durchgeführt.

Das aOR, auf der Höhe der Rechtswissenschaft seiner Zeit, nahm als erstes modernes Gesetzbuch zugunsten der Repräsentationstheorie Stellung. Fast zwanzig Jahre später erst folgte ihm darin das BGB.

Die Regelungen der Prozessvertretung und der gesetzlichen Vertretung beeinflussten die Regelung der gewillkürten Stellvertretung in den schweizerischen Privatrechtskodifikationen des 19. Jahrhunderts nicht.

LITERATURVERZEICHNIS

Arndts Ludwig: Pandekten, 11. A., Stuttgart 1883.

Baud Jean-Pierre: Le plaict Général de Lausanne de 1368, Diss. Lausanne 1949.

Bauer Gertrud: Die Entwicklung des Rechtsintituts der freien gewillkürten Stellvertretung seit dem Abschluss der Rezeption in Deutschland bis zur Kodifikation des BGB, Diss. Erlangen 1963.

Bauhofer Arthur: Entstehung und Bedeutung des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches von 1853-55, ZSR N. F. Bd. XLVI (SA Basel 1927).

- Fürsprechertum und Advokatur im Kanton Zürich vor 1798, SA aus dem Zürcher Taschenbuch für das Jahr 1927, Zürich 1926.
- Geschichte des Stadtgerichts von Zürich, Zürich 1943.

Bernel Arlette: Le droit du Code civil français applicable au Jura bernois, Diss. Bern 1955.

Bielitz Gustav Alexander: Praktischer Kommentar zum allgemeinen Landrechte für die preussischen Staaten, Erfurt 1825.

Bischof Ida: Die Rechtsstellung der ausserehelichen Kinder nach den zürcherischen Rechtsquellen, Diss. Zürich 1931.

Bise E.: L'ancienne école de droit de Fribourg in Archives de la société d'histoire du canton de Fribourg, Bd. 9, 1911, 305 ff.

Bluntschli Johann Caspar: Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich. Mit Erläuterungen von J. C. B., Zürich 1854-1856.

- Staats- und Rechtsgeschichte der Stadt und Landschaft Zürich, 2 Bände, 2. A., Zürich 1856.
- Das zürcherische Personen- und Familienrecht, 4. A., Zürich 1871.

Bornemann/Waldeck/Strohn/Bürgers: Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch mit Erläuterungen, Berlin 1862.

Boyve Jaques François: Examen d'un candidat pour la charge de Justicier en la pincipauté de Neuchâtel et Valangin, 2. A., Neuchâtel 1786.

- Remarques sur les loix et statuts du Pays de Vaud, 2 Bände, Neuchâtel 1756.

- Brinz Alois: Lehrbuch der Pandekten, Bd. II, 2. A., Erlangen 1882.
- Buchka Hermann: Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen, historisch und dogmatisch dargestellt, Rostock 1852.
- Calame Henri-Florian: Droit privé d'après la coutûme neuchâteloise, Neuchâtel 1858.
- Carlen Louis: Beiträge zur Walliser Rechtsgeschichte, Brig 1970.
- Das Landrecht des Kardinals Schiner; seine Stellung im Walliser Recht, Freiburg i. Ue. 1955.
- Conrat Max: Der westgothische Paulus, Amsterdam 1907.
- Corpus iuris civilis: Ed. Krüger-Mommsen, Band 1, Berlin 1922; Band 1, Berlin 1914.
- Cropt Bernard Etienne: La théorie du Code civil valaisan, 2 Bände, Sitten 1860.
- Statuta Romanae-Vallesiae, Sitten 1840.
 - Elementa Juris Romano-Vallsii, Sitten 1840.
- Daguet Alex: Coup-d'oeil sur l'ancienne droit fribourgeois, o.O. und J. (184.).
- Davatz Florian Emil: Die Rechtsanwaltschaft im Gebiete des Kantons Tessin, Diss. Zürich 1948.
- Définitions ou explications de termes du droit consacrés à la pratique du pais de Vaud, Bern 1750.
- Dernburg Heinrich: Lehrbuch des Preussischen Privatrechts, Bd. 2, Halle 1878.
- Pandekten, Bd. 2, Berlin 1886.
- Dübi Anita: Die Geschichte der bernischen Anwaltschaft, Diss. Bern 1955.
- Ebener Wilhelm: Der Werdegang des Rechts im Wallis, in Walliser Jahrbuch, Bd. 6, 1937, 39 ff.
- Egli Gotthard: Die Entwicklung der Gerichtsverfassung in Luzern, Luzern 1912.
- Ellinger Joseph: Handbuch eines allgemeinen österreichischen Civilrechts, Wien 1853.

Emery Fréd.: De l'autorité paternelle sur la personne des enfants en droit français et vaudois, Diss. Lausanne 1887.

Etzensperger Clara: Die Rechtsstellung des ausserehelichen Kindes nach den schaffhauserischen Rechtsquellen, Diss. Zürich 1931.

Eugster Richard: Die Entstehung des schweizerischen Obligationenrechts vom Jahre 1881, Diss. Zürich 1926.

Evelt Joseph: Das preussische Civilrecht, 2. A., Paderborn 1860.

Everding Karl Friedrich: Die dogmengeschichtliche Entwicklung der Stellvertretung im 19. Jahrhundert, Diss. Münster 1951.

Farry Elio Alexandre: Pierre Quisard und sein Coutumier du Pays de Vaud 1555 sqq. Ein Beitrag zur Rechtsgeschichte der Kantone Waadt, Freiburg und Bern. Diss. Zürich, Teildruck Aarau 1947 (Manuskript in der Zentralbibliothek).

Favarger Dominique: Coutume et coutumier neuchâtelois, in Musée neuchâtelois, no 2, 1967, 63 ff.

- Essai sur la notion de source du droit. Réflexions pour servir à la publication des sources de l'ancien droit neuchâtelois, in ZSR N. F. Bd. 89, 1970, 343-373.

Favey Jean-Georges: Le coutumier de Moudon de 1577. Précédé d'une notice sur le développement historique du droit dans le Pays de Vaud pendant les périodes de Savoie et de Berne. Diss. Lausanne 1924.

Fiez Marguerite: Das Eltern- und Kindesverhältnis nach den Rechtsquellen des Kantons Zürich, Diss. Zürich 1932.

Flammer Antoine: Le droit civil genevois dans son développement historique, in Bulletin No 39 de l'Institut National Genevois, 1875.

Fresenius Johann Christian Ludwig: Entwurf eines ganz neuen Gesetzbuches für vollkommenere bürgerliche Gerechtigkeitspflege. Preisschrift für die Republik Bern, Frankfurt a. M. 1797.

Gaius Institutiones, ed. M. David, editio minor, Leiden 1964.

Gallone Paolo: Organisation judiciaire et procédure devant les cours laïques du Pays de Vaud à l'époque savoyarde, Diss. Lausanne 1972.

- Gierke Otto: Deutsches Privatrecht, 3 Bände, Leipzig 1895-1917.
- Gmür Rudolf: Die erneuerte bernische Gerichtssatzung von 1761/62, in ZBJV Bd. 99, 1963, 161-195.
- Graven J.: L'école de Droit valaisanne (1807-1908), in Annales valaisannes, 2^e série, XIII, 1965, 177 ff.
- Grützmann Paul: Lehrbuch des Königlich Sächsischen Privatrechts,
Bd. 1: Leipzig 1887
Bd. 2: Leipzig 1889.
- Guggenbühl Paul: Die Entstehung des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches, Diss. Zürich 1924.
- Haller Nic. Emanuel: Les Loix et Statuts du Pays de Vaud, avec un répertoire très exact, Bern 1730.
- Harrasowsky Philipp Harras: Geschichte der Kodifikation des österreichischen Civilrechts, Frankfurt a. M. 1868.
- Heusler Andreas: Die Rechtsquellen des Cantons Wallis, Basel 1890.
- Die Rechtsquellen des Cantons Tessin, Basel 1892/1893.
(Die einzelnen Statutarrechte mit Einführungen in ZSR N. F. Bd. 13 ff.).
- Hirzel Arnold: Wegweiser durch das gegenwärtige allgemeine bürgerliche Gesetzbuch des Kantons Aargau, Aarau 1883.
- Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für den Kanton Aargau, mit Erläuterungen und Anführungen wichtiger Entscheidungen, Bd. 3, Aarau 1868.
- Hämmerli Abraham: Der Rechtsfreund für den Canton Aargau, Zürich 1842.
- Histoire de Genève, des origines à 1798, publiée par la Société d'histoire et d'archéologie de Genève, Genf o.J. (1951).
- Huber Eugen: System des Schweizerischen Privatrechts, 4 Bände, Basel 1886-1893.
- Huber/Mutzner: System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts, 2. A., Bd. I, Lfg. 1-3, Basel 1932/1933.
- von Jhering Rudolph: Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, III. Theil, 4. A., Leipzig 1888.

Jacottet Henri: Le droit civil neuchâtelais, 2 Bände, Neuchâtel 1877-1879.

Jörs-Kunkel: Römisches Privatrecht, 3. A., Berlin/Göttingen/Heidelberg 1949.

Kaden Erich-Hans: Le jurisconsulte Germain Colladon, ami de Jean Calvin et de Théodore de Bèze, Genf 1974.

Kaser Max: Das römische Privatrecht, 2 Bände, Bd. 1: 2. A., München 1971; Bd. 2: 2. A., München 1975.

- Das römische Zivilprozessrecht, München 1966.

Klein Ernst Ferdinand: System des preussischen Civilrechts, Bd. 1., Halle 1830.

Keller J.: Rechtsfreund für den Kanton Aargau, Zürich 1870.

Kirchstetter Ludwig: Commentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, Wien 1872.

König Karl Gustav: Civil- und Civilprozessgesetze (bernische), nach den Entscheidungen des Appellations- und Cassationshofes und des Bundesgerichts erläutert, 4 Bände, Bern 1879-1883.

Krüll F. X.: Handbuch des königlich-baierischen gemeinen bürgerlichen Rechts, Bd. 3, Landshut 1808.

Laband Paul: Die Stellvertretung bei dem Abschluss von Rechtsgeschäften, in Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 10, 1866, 183 ff.

Laharpe E. de: Considérations sur l'état de la législation civile dans le canton de Vaud, la nécessité de la changer et les moyens de la rendre meilleur, Lausanne 1819.

Levy Ernst: Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht, Weimar 1956.

Legras Henri: La municipale de Fribourg et le droit romain, in Acta congressus iuridici internationalis, Bd. 2, S. 485 ff.

Leuenberger Jakob: Studien über Bernische Rechtsgeschichte, Bern 1873.

- Vorlesungen über das Berner Civilrecht, 3 Bände, Bern 1851-1852.

Maron Constantin: Das Zivilgericht nach den bündnerischen Statutarrechten, Diss. Zürich 1942.

Martin Alfred: Le Code civil dans le canton de Genève, in Le Code civil 1804-1904, Livre du centenaire, publié par la Société d'études législatives, Bd. 2, Paris 1904, 875-896.

Matile Georges Auguste: De l'autorité du droit romain, de la coutume de Bourgogne et de la Caroline dans la Principauté de Neuchâtel, Neuchâtel 1838.

- Déclarations ou points de coutume du petit conseil de la ville de Neuchâtel, Neuchâtel 1838.
- Histoire des institutions judiciaires et législatives de la Principauté de Neuchâtel et Valangin, Neuchâtel 1838.

Mattli A. C.: Rechts- und Handlungsfähigkeit der Ehefrau nach dem bündnerischen Privatrecht und dem schweizerischen ZGB, Diss. Bern 1916.

Meyer Marthaler Elisabet: Römisches Recht in Rätien im frühen und hohen Mittelalter, Zürich 1968.

- Die Rechtsquellen des Kantons Graubünden: Lex Romana Curiensis, Aarau 1959.

Meyer von Schauensee Plazid: Zum Vormundschafts- und Erbrecht des Kantons Luzern, in ZBJV Bd. 19, S. 188 ff.

Mitteis Ludwig: Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht, mit Berücksichtigung des österreichischen Rechts, Wien 1885.

Moser Alois: Die privatrechtliche Stellung der Frau nach Luzerner Recht, Diss. Bern 1898.

Mühlenbruch C. F.: Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte, 3. A., Greifswald 1836.

- Lehrbuch des Pandecten-Rechts, 4. A., hersg. von Otto von Madai, 1. Theil, Halle 1844.

Müller-Büchi, Emil F. J.: Friedrich von Wyss und das Zürcher privatrechtliche Gesetzbuch, Basel 1965.

- Zur Kodifikationsgeschichte des Walliser kantonalen Zivilgesetzbuches von 1854, in Rechtsgeschichte und Volkskunde, Brig 1968, 83 ff.

Müller Ulrich: Die Entwicklung der direkten Stellvertretung und des Vertrages zu Gunsten Dritter. Ein dogmengeschichtlicher Beitrag zur Lehre von der unmittelbaren Drittberechtigung und Drittverpflichtung, Stuttgart/Köln 1969.

Munzinger Walther: Eine Studie über die Pflege der Jurisprudenz im alten und neuen Bern (Rektoratsrede), Bern 1866.

Mutach Samuel: Substantzlicher Undericht/Von Gerichts- und Rechts-sachen, Bern 1709.

Mutzner Paul: Beiträge zur Rechtsgeschichte Graubündens im Mittel-alter, in ZSR N. F. Bd. 27, 1908.

Nick Konrad: Kasimir Pfyffer und die Luzerner Verfassungspolitik in den Jahre 1827-1841, Freiburg, Diss. 1955.

Olivier Gabriel: Explication du coutumier du pays-de-Vaud, 2. A., Lau-sanne 1796.

Osterwald Samuel: Lois, us et coutumes de la souveraineté de Neuchâ-tel, Neuchâtel 1785.

von Oreilli A.: Rechtsschulen und Rechtsliteratur in der Schweiz vom Ende des Mittelalters bis zur Gründung der Universitäten von Zü-rich und Bern, Zürich 1879.

Partsch Gottfried: Jean Cramer et son précis de l'histoire du droit genevois (1761), in Bulletin de la Société de l'histoire et d'archéo-logie de Genève, Bd. 8, 1964-1967, Genf 1968, S. 13-87.

Patecchi Gabriello: Gli influssi della legislazioni straniere e degli sta-tuti locali sul Codice civile Ticinese, Diss. Bern 1961.

Planiol Marcel: Traité élémentaire du droit civil, Paris 1900.

Pfyffer Kasimir: Der Rechtsfreund für den Kanton Luzern, 2 Bände, Zürich und Luzern, 1842 und 1852.

- Gesetz über das Civilrechtsverfahren im Kanton Luzern. Mit er-gänzenden Erläuterungen, Luzern 1851.
- Kurze Darstellung des Advokatenstandes, in Zeitschrift der juristi-schen Gesellschaft, 1860, 6 ff.
- Ueber die rechtliche Stellung der volljährigen Weibspersonen, in Zeitschrift der juristischen Gesellschaft, 2. Lfg., Luzern 1858.

von Planta Peter Conradin: Bündnerisches Civilgesetzbuch mit Erläu-terungen des Gesetzesredaktors, Chur 1863.

von Planta Rudolf: Das Vormundschaftsrecht nach den bündnerischen Statutarrechten, Diss. Zürich 1916.

- Porta Samuel: Principes sur la formalité civil-judiciaire du pays de Vaud, Lausanne 1777.
- Pöschmann Carl Magnus: Commentar zu dem bürgerlichen Gesetzbuche für das Königreich Sachsen, Bd. 2, 2. A., Leipzig 1869.
- Puchta Georg Friedrich: Lehrbuch der Pandekten, 1. A., Leipzig 1838.
- Lehrbuch der Pandekten, 4. A., besorgt von A. Rudorff, Leipzig 1848.
- Rabel Ernst: Grundzüge des römischen Privatrechts, 2. A., Basel 1955.
- Regelsberger Ferdinand: Pandekten Bd. I, Leipzig 1893.
- Rennefahrt Hermann: Grundzüge der bernischen Rechtsgeschichte, 4 Bände, Bern 1928-1936.
- Die Rechtsquellen des Kantons Bern, Bd. 7, Aarau 1964.
- Rheinwald Karl Friedrich: Gesetzbuch über das gerichtliche Verfahren, Bern 1848.
- Roth Urs Thomas: Samuel Ludwig Schnell und das Civilgesetzbuch für den Canton Bern, Diss. Bern 1948.
- Ruhstrat E.: Ueber Savigny's Lehre von der Stellvertretung, Oldenburg 1854.
- von Savigny Carl Friedrich: System des heutigen römischen Rechts, Bd. 3, Berlin 1841.
- Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts, Bd. 2, Berlin 1853.
- Schlossmann Siegmund: Die Lehre von der Stellvertretung, insbesondere bei obligationenrechtlichen Verträgen, 1900 und 1902.
- Schmid Annemarie: Kasimir Pfyffer und das Bürgerliche Gesetzbuch für den Kanton Luzern (1831-39), Diss. Bern 1960.
- Schib Karl: Die Rechtsquellen des Kantons Schaffhausen, Aarau 1967.
- Schneider/Fick: Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich 1882.
- Schnell Samuel Ludwig: Gesetzbuch über das gerichtliche Verfahren in Civil-Rechtssachen, Bern 1822.
- Handbuch des Civil-Processes, Bern 1810.
 - Handbuch des Civilrechts, Bern 1811.

Schultz Karl: Die privatrechtliche Stellung der Ehefrau nach zürcherischem Recht und nach dem schweizerischen ZGB, Zürich 1908.

von Salis L. R.: Le Coustumier et Plaict Général de Lausanne 1618, Basel 1903.

Secrétan Charles: Remarques sur le Code civil du canton de Vaud, Lausanne 1840.

Segesser Philipp Anton: Rechtsgeschichte der Stadt und Republik Luzern, 4 Bände, Luzern 1851-1858.

- Das bürgerliche Gesetzbuch von 1812, in Zeitschrift der juristischen Gesellschaft, Luzern 1860.

- Das erste Stadtrecht von Luzern, in ZSR A. F. Bd. 5.

Sohm/Mitteis/Wenger: Institutionen-Geschichte und System des römischen Privatrechts, 17. A., Berlin 1949.

Springer Ottilie: Die rechtliche Stellung der Frau, insbesondere der Ehefrau, auf Grund zürcherischer Rechtsquellen, Diss. Zürich 1926.

Stabel Anton: Institutionen des französischen Civilrechts, Mannheim 1883.

Stettler Friedrich: Staats- und Rechtsgeschichte des Kantons Bern, Bern 1845.

Theaureau L.: Code Genevois de 1857, Genf 1857, Précédé.

Theiler Oscar: Das Vormundschaftsrecht nach den zürcherischen Rechtsquellen, Diss. Zürich 1926.

Thesmar Friedrich Hadrian Joseph: Die fünf französischen Gesetzbücher, Elberfeld 1845.

Ullmer Rudolph Ed.: Commentar zum PGB des Kantons Zürich, 2 Bände + Suppl., Zürich 1870-1878.

- Der zürcherische Civilprozess, Zürich 1861.

Unger Joseph: System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Bd. 2, Leipzig 1859.

von Vangerow Karl Adolph: Lehrbuch der Pandekten, 6. A., 3 Bde., Marburg 1851-1856.

Wächter Carl Georg: Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechts, Bd. 2: Allgemeine Lehren, Stuttgart 1842.

Walliser Peter Robert: Der statisch konservative Gehalt des solothurnischen Civilgesetzbuches von 1841-1847, Diss. Basel 1946.

Wendt Otto: Lehrbuch der Pandekten, Jena 1888.

Werra Raphael: Die Vormundschaft über Unmündige nach dem Rechte der alten Landschaft Wallis, in Blätter für Walliser Geschichte, Bd. 11, 1953, 163-412.

Wesenberg Gerhard: Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte, Lahr/Schwarzwald 1969.

- Zur Behandlung des Satzes "Alteri stipulari nemo potest" durch die Glossatoren, in Festschrift Fritz Schulz, Bd. 2, Weimar 1951.

Wieacker Franz: Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, Göttingen 1967.

Windscheid Bernhard: Lehrbuch des Pandektenrechts, 2. A. der Neubearbeitung von Theodor Kipp, 9. A., Bd. 1, Frankfurt am Main 1906.

- Lehrbuch des Pandektenrechts, 4. A., Düsseldorf 1875.

Winkler Johannes: Die Geschlechtsvormundschaft in ihrer geschichtlichen Entwicklung, Diss., Luzern 1868.

Wyss Johann Gottlieb: Abhandlung über die Frage: Welchen Vortheil kann ein Bernischer Rechtsgelehrter aus dem römischen Recht ziehen? und ist ihm die Kenntniss desselben entbehrlich oder nicht?, Bern 1807.

von Zeiller Franz: Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie, Wien und Triest 1813.

Zachariä Karl Salomo: Handbuch des französischen Civilrechts, Heidelberg 1811.

Zürcher Emil: Zur Geschichte der Advokatur im Kanton Zürich, in Festgabe für den schweizerischen Juristenverein 1908, Zürich 1908, S.

- Schweizerisches Anwaltsrecht, Zürich 1920.

QUELLENVERZEICHNIS

I. Allgemeines

Sammlung schweizerischer Rechtsquellen. Hrsg. auf Veranlassung des Schweizerischen Juristenvereins, mit Unterstützung von Bund und Kantonen, Aarau 1898 ff.

II. Berner Gruppe

A. Bern

Der Statt Bern vernüwerte Gerichts-Satzung (von 1614), Bern 1615.

Erneuerte Gerichtssatzung vor die Stadt Bern und derselben teutsche Städte und Landschafften, Bern 1768.

Gerichts-Satzung für den Canton Bern von 1761, Bern 1810.

Entwurf eines Civil-Gesetzbuches für den Kanton Bern, 2 Bde., Bern 1811-1825.

Revidirter Entwurf eines Civil-Gesetzbuches, 2 Theile, Bern 1823-1829.

Civil-Gesetzbuch für den Canton Bern. 2 Theile, mit Anmerkungen von Samuel Ludwig Schnell, 2. A., Bern 1834-1842.

Revidierter Entwurf eines Gesetzbuches über das gerichtliche Verfahren in Civil-Rechtssachen, Bern 1820.

Gesetzbuch über das gerichtliche Verfahren in Civil-Rechtssachen für den Kanton Bern, mit erklärenden Anmerkungen von Samuel Ludwig Schnell, Bern 1822.

Gesetzbuch über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen für den Kanton Bern, 2 Theile, Bern 1847-1850.

Revidiertes Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Civilrechtsstreitigkeiten, Bern 1883.

Gesetze, Dekrete und Verordnungen der Republik Bern, 16 Bde., Bern 1833-1846.

D. Aargau

Die Rechtsquellen des Kantons Aargau. Bearb. und hrsg. von Walther Merz und Friedrich Emil Welti, Aarau 1898 ff.

Sammlung der Gesetze und Verordnungen des Kantons Aargau. 4 Bde.,
Aarau 1826.

Neue Sammlung der Gesetze und Verordnungen des Kantons Aargau.
4 Bde., Aarau 1831-1842.

Gesetzes-Sammlung für den eidgenössischen Kanton Aargau. 3 Bde.,
Aarau 1846-1876.

Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für den Kanton Aargau. 4 Theile,
Aarau 1847-1855.

Hirzel Arnold, Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für den Kanton
Aargau, 4 Bde., Aarau 1867-1869.

Process-Ordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den Kanton
Aargau. Aarau 1838.

Process-Ordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den Kanton
Aargau. Aarau 1852.

III. Die Code civil-Gruppe

A. Genf

Edits de la République de Genève. Genf 1707.

Edits de la République de Genève. Genf 1735.

Edits civils de la République de Genève. Genf 1714.

Les sources du droit du Canton de Genève, publ. par Emile Rivoire
et Victor van Berchem, Genf.

Projet du Code civil, rédigé par la Commission nommée par le M. Con-
seil des Deux-Cent, Genf 1789.

Code Genevois, sanctionné en Conseil Souverain le 14 novembre 1791.
Genf 1791.

Recueil authentique des lois et actes du gouvernement de la République
et Canton de Genève. Genf 1816 ff.

Code Genevois, recueil de la République et Canton de Genève. Genf
1857.

Loi sur la procédure civile pour le Canton de Genève, décrété par le
Conseil Représentatif et Souverain le 29 septembre 1819. Genf 1819.

B. Waadt

Der Landtschafft Waadt Satzung und Statuten. Les Loyx et Statuts du Pays de Vaud. Bern 1616.

Les Loix et statuts du pays de Vaud, avec un répertoire. Bern 1730.

Quisard, Coutumier de Vaud, in ZSR A. F. Bd. 14 (1866).

Coutumier nouveau de la ville et de tout le bailliage de Grandson. Yverdon 1780.

Code des loix des Trois Mandemens de la plaine du Gouvernement d'Aigle. Bern 1772.

Recueil des lois, décrets et autres actes du gouvernement du Canton de Vaud, Lausanne 1803 ff.

Code civil du Canton de Vaud. Vevey 1821.

Code civil du Canton de Vaud, avec la corrélation des articles entr'eux. Publ. par H. Bippert et A. Bornand. 3 éd., Lausanne 1876.

C. Tessin

Sämtliche Tessiner Statutarrechte sind abgedruckt in: ZSR N. F. Bd. 11 ff. Zusammenstellung auf S. 155 f.

Bullettino ufficiale della repubblica e cantone del Ticino, 1815/1817 ff.

Compendio della prima serie del Bullettino ufficiale ... dall' anno 1803 al 1814. Lugano 1826.

Codice civile della Repubblica e cantone del Ticino. Bellinzona 1837.

Codice civile della Repubblica e cantone del Ticino. Lugano 1863.

Codice di procedura civile per la repubblica e cantone del Ticino. Locarno 1821.

Codice di procedura civile per la repubblica e cantone del Ticino, Locarno 1843.

Codice di procedura civile per la repubblica e cantone del Ticino, Locarno 1878.

D. Freiburg

Das Stadtbuch (Municipale) von Freiburg (1648). In ZSR N. F. Bde. 15-17.

Die Rechtsquellen des Kantons Freiburg. Bearb. und hrsg. von Friedrich Emil Welti und Bernard de Vevey, Aarau 1925 ff.

Amtliche Sammlung der Gesetze, Dekrete, Beschlüsse und anderer öffentlicher Akten der Regierung des Kantons Freiburg, Freiburg 1803/1804 ff.

Civilgesetzbuch für den Kanton Freiburg. V. Theile, Freiburg 1835-1840.

Code civil du canton de Fribourg. 5 parties. Freiburg 1840-1886.

Civil-Prozess-Ordnung für den Kanton Freiburg. Freiburg 1849.

Handelsgesetzbuch für den Kanton Freiburg, Freiburg 1860.

Gesetz über die gerichtliche Schuldbetreibung des Kantons Freiburg. Freiburg 1860.

E. Wallis

Statuta Vallesiae cum duabus revisionibus. Seduni 1843.

Die Rechtsquellen des Cantons Wallis. Hrsg. von Andreas Heusler in ZSR N. F. Bd. VII-VIII.

Sammlung der Gesetze, Dekrete und Abschlüsse der Republik (bis Bd. III, bzw. des Kantons) Wallis. Sitten 1815 ff.

Code civil du canton du Valais. Ed. off., Sitten 1854.

Civilgesetzbuch der Republik und des Kantons Wallis. Sitten 1846.

Gesetzbuch über die bürgerliche Prozess-Ordnung der Republik und des Kantons Wallis. Sitten 1845.

Code de procédure civile du canton du Valais du 30 mai 1856, Sitten 1885.

F. Neuenburg

Recueil des articles passés en loix dans la principauté de Neuchâtel et Valangin depuis 1700. Neuenburg 1775.

Recueil des pièces officielles concernant la principauté de Neuchâtel et Valangin. 3 Bde., Neuenburg 1827-1849.

Recueil des lois et décrets du gouvernement de la république et canton de Neuchâtel. 15 Bde., Neuenburg 1849-1886.

Code civil de la république et canton de Neuchâtel. Neuenburg 1853.

Code de procédure civile de la république et canton de Neuchâtel. Chaux-de-Fonds 1878/1882.

G. Luzern

Municipale oder Stadt-Recht der Löblichen Stadt Lucern, von 1706, mit jenen Zusatz-Unkten von 1731, Lucern 1790.

Sammlung der revidierten Gesetze und Regierungsverordnungen des Kantons Luzern, 4 Bde., Luzern 1810-1811.

Sammlung der Gesetze und Regierungsverordnungen für den Kanton Luzern, 6 Bde., Luzern 1831-1840.

Gesetze, Dekrete und Verordnungen für den Kanton Luzern, Luzern 1848 ff.

Bürgerliches Gesetzbuch des Kantons Luzern, Luzern 1840.

Bürgerliche Gerichts- und Prozessordnung für die Stadt und Republik Luzern. Luzern 1824.

H. Solothurn

Das Stadtrechten von Solothurn. Hrsg. von U. J. Lüthy, Solothurn 1817.

Proklamationen, Beschlüsse, Gesetze und Verordnungen der Regierung des Cantons Solothurn. 6 Bde., Solothurn 1803-1828.

Gesetze, Verordnungen und Beschlüsse der Regierung des Kantons Solothurn. 4 Bde., Solothurn 1829-1832.

Sammlung der Gesetze und Verordnungen für den eidgenössischen Stand Solothurn, 21 Bde., Solothurn 1833-1853.

Amtliche Sammlung der noch in Kraft bestehenden Gesetze, Beschlüsse und Verordnungen für den Kanton Solothurn von 1803-1859. 2 Bde., Solothurn 1866.

Amtliche Sammlung der in Kraft bestehenden Gesetze und Verordnungen für den Kanton Solothurn vom Jahre 1803-1883, nach Materien geordnet. 3 Bde., Solothurn 1884-1885.

Civilgesetzbuch für den Kanton Solothurn. 2 Bde., Solothurn 1842-1845.

Civilgesetzbuch für den Kanton Solothurn, nebst Civil-Prozessordnung. Amtl. Ausgabe, Solothurn 1855.

Processordnung in Civil- und Administrativrechtssachen für den Kanton Solothurn, Solothurn 1840.

IV. Die Zürcher Gruppe

A. Zürich

Sammlung der Bürgerlichen und der Polizeygesetze und Ordnungen der Stadt und Landschaft Zürich. 6 Bde., Zürich 1757-1793.

Offizielle Sammlung der von dem Grossen Rath des Cantons Zürich gegebenen Gesetze und gemachten Verordnungen. 6 Bde., Zürich 1804-1814.

Sammlung der bürgerlichen Gesetze und Ordnungen loblicher Stadt und Landschaft Zürich. Neue Auflage, Zürich 1829.

Pestalozzi Jakob: Vollständige Sammlung der Statute des eidgenössischen Cantons Zürich mit Ausnahme der bereits gedruckten Satzungen und Ordnungen eines Frey-Loblichen Stadtgerichts von A^O 1715, und des Erbrechts der Stadt Zürich von A^O 1716. 2 Bde., Zürich 1830-1839.

Offizielle Sammlung der seit dem 10. März 1831 erlassenen Gesetze, Beschlüsse und Verordnungen des Eidg. Standes Zürich. Zürich 1831 ff.

Erster Entwurf des privatrechtlichen Gesetzbuches, Theil 3, Recht der Forderungen und Schulden, Zürich 1852.

Entwurf des privatrechtlichen Gesetzbuches für den Kanton Zürich, Theil 3, Forderungen und Schulden, nach der Beratung durch die Gesetzgebungsrevisionskommission, Zürich 1854.

Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich, mit Erläuterungen von J. C. Bluntschli, 4 Bde., 3. A., 1855-1864.

Die Rechtsquellen des Kantons Zürich, bearbeitet und hrsg. von Robert Hoppeler, Aarau 1910 ff.

B. Graubünden

Sammlung sämtlicher Statutarrechte der Bünde und Hochgerichte des Eidgenössischen Standes Graubünden, Chur 1833 ff.

Landsatzungen gemeiner dreier Pündten vom Jahre 1619. Zürich 1620.

Statuten und Articul des Löblichen Oberb Grauen Pundts. Banadutz 1717.

Die Rechtsquellen des Kantons Graubünden, I. Die Lex Romana Curien-
sis, bearb. und hrsg. von Elisabeth Meyer-Marthaler, Aarau 1959.

Die deutschen bündnerischen Statutarrechte, bearb. und hersg. von
R. Wagner und L. R. von Salis, sind abgedruckt in ZSR N. F. Bd.
III ff.

Amtliche Gesetzessammlung für den eidgenössischen Stand Graubünden,
Bde. I-IV und Suppl. 1, 2. Chur 1837-1846.

Amtliche Gesetzessammlung des Kantons Graubünden. Chur 1860 ff.

Bündnerisches Civilgesetzbuch, Chur 1859.

Gesetz über das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den
Kanton Graubünden vom Jahre 1855. Chur 1855.

Gesetz über das Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen. Chur 1871.

C. Schaffhausen

Stattgerichtsordnung der Statt Schaffhausen vom 30. April 1766. Schaff-
hausen 1766.

Die Rechtsquellen des Kantons Schaffhausen, Teil I: Stadtrechte, bearb.
und hrsg. von Karl Schibli, Aarau 1967.

Johann Meyer: Der Schaffhauser Richtebrief für 1291, Schaffhausen 1857.

Gesetzliche Bestimmungen für den Kanton Schaffhausen, 4 Abteilungen.
Schaffhausen 1831-1833.

Offizielle Sammlung der für den eidgenössischen Stand Schaffhausen be-
stehenden Gesetze, Verordnungen und Verträge, 3 Bde., Schaff-
hausen 1831-1852.

Offizielle Sammlung der für den eidgenössischen Stand Schaffhausen be-
stehenden Gesetze, Verordnungen und Verträge, Schaffhausen 1855 ff.

Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Schaffhausen, Schaffhausen 1865.

V. Entstehung des aOR

Munzinger Walter: Schweizerisches Obligationenrecht. Entwurf. Amtliche Publikation, o.O. 1871 (Entwurf Munzinger).

Schweizerisches Obligationenrecht. Entwurf, bearbeitet von Fick nach den Beschlüssen einer Commission vom 22. bis 28. Oct. 1869 und vom 6. bis 13 Oct. 1872. Bern, Jent & Reinert 1875. (Entwurf Fick).

Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Theil. Entwurf, bearbeitet nach den Beschlüssen einer Commission vom 16. bis 21. Mai 1876. Bern, Jent & Reinert 1876.

Schweizerisches Obligationenrecht. Entwurf. Nach den Beschlüssen einer Commission vom 16. bis 21. Mai und 18. Sept. bis 7. Oct. 1876. Bern, Jent & Reinert 1877. (Kommissions-Entwurf 1876).

Entwurf eines Bundesgesetzes über Obligationenrecht. Allgemeiner Theil. Beschlüsse der Redaktionskommission. 3. bis 13. Januar 1878. Bern, Haller 1878.

Entwurf eines Bundesgesetzes über Obligationenrecht. Allgemeiner Theil. Beschlüsse der Redaktionskommission. Januar und März 1878. Bern, Haller 1878.

Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Theil. Entwurf nach den Beschlüssen der Commission im Sept. 1877 und Sept./Oct. 1878. Bern, Haller 1878. (Kommissions-Entwurf 1878).

Schweizerisches Obligationen- und Handelsrecht. Mai 1879. Amtl. Publikation.

Schweizerisches Obligationen- und Handelsrecht. Entwurf des eidg. Justiz- und Polizeidepartementes. Amtl. Publikation. Bern, Juli 1879.

Botschaft des Bundesrathes an die Bundesversammlung zum Gesetzesentwürfe enthaltend Schweizerisches Obligationen- und Handelsrecht. Amtl. Publikation. Bern 1879.

Bericht der ständeräthlichen Commission über den Entwurf eines schweizerischen Obligationen- und Handelsrechts vom 31. Mai 1880. BBl 1880, Bd. 3, S. 149 ff.

Bericht der nationalräthlichen Commission über den Entwurf eines schweizerischen Obligationen- und Handelsrechts vom November 1880, BBl 1880, Bd. 1, S. 153 ff.

Obligationen- und Handelsrecht, Zusammenstellung des bundesrätlichen Entwurfs mit den Beschlüssen der beiden Räte der Bundesversammlung und den Anträgen der Commission des Ständeraths sammt den Beschlüssen des Ständeraths in 2. Berathung vom 17. Februar 1881.

LEBENS LAUF

Am 27. November 1950 wurde ich in Glarus als ältester von vier Brüdern geboren. Ich verlebte meine ganze Jugendzeit in meinem Heimatkanton (Bürgerort Hätzingen), zunächst in Niederurnen, danach in Schwanden, wo ich auch die Primarschule besuchte. Im Frühjahr 1963 trat ich in die Kantonsschule Glarus ein, die ich im Herbst 1969, nach bestandener Matur Typus A, wieder verliess. Anschliessend immatrikulierte ich mich an der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich. Neben meinem Studium arbeitete ich zunächst in der Landesbibliothek Glarus, später als Lehrer an einer Zürcher Privatschule. Im Herbst 1972 wurde ich als Hilfslehrer im Hauptamt an der Gewerblichen Berufsschule Winterthur eingestellt. Ein Jahr danach schloss ich den ersten Teil meines Studiums mit dem Lizentiat ab. Im Winter 1974/75 erfolgte meine Wahl zum Hauptlehrer. Drei Jahre später, im Frühjahr 1978, trat ich als juristischer Beamter ins Zentralsekretariat der Winterthurer Bauverwaltung über. Am 21. Juni 1978 wurde ich, gleichzeitig mit meiner Frau, zum Doktor promoviert.

